Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Juristen-Fakultät zu Rostock

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Max Pick

Referendar

im Bezirk des Königlichen Oberlandesgerichts zu Königsberg i. Pr.

1903.

Druck der Gutenberg-Druckerei (Inhaber: E. Steinbacher) Königsberg i. Pr., 1903.

Meinen teuren Eltern.

Inhaltsangabe.

Kapitel I.

Historisch-dogmatische Einleitung . . . . . § 1

Kapitel II.

Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

Abschnitt 1.

Voraussetzungen bei normaler Vermögenslage des Schuldners.

A. Voraussetzungen bezüglich der Subjekte . . . . . § 2

B. Voraussetzungen bezüglich der Forderungen

I. Im allgemeinen . . . . . § 3

II. Fälligkeit der Forderung . . . . . § 4

III. Grund der Forderung . . . . . § 5

C. Voraussetzungen bezüglich der Objekte

I. Bewegliche Sachen oder Wertpapiere . . . . . § 6

II. Eigentum des Schuldners oder des Gläubigers § 7

III. Besitz des Gläubigers . . . . . § 8

IV. Erwerb des Besitzes . . . . . § 9

D. Die negativen Voraussetzungen . . . . . § 10

Abschnitt 2.

Voraussetzungen bei anormaler Vermögenslage des Schuldners (Notzurückbehaltungsrecht) . . . . . § 11

Kapitel III.

Inhalt und Ausübung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

A. Allgemeines . . . . . § 12

B. Umfang des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts . § 13

C. Sicherheitsleistung . . . . . § 14

D. Wirkung gegen Dritte und im Konkurse . . . . . § 15

E. Das Befriedigungsverfahren . . . . . § 16

Kapitel IV.

Beendigung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts . . . . . § 17

Kapitel V.

Die Uebergangsfrage . . . . . § 18

Litteraturverzeichnis.

1. Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, herausgegeben von J. Luz.
2. Materialien zu den Reichsjustizgesetzen: Materialien zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von C. Hahn, fortgesetzt von Mugdan.
3. Auerbach: Das neue Handelsgesetz, 1863.
4. Auerbach: Handelsrechtliche Erörterungen nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch in Siebenhaar's Archiv für deutsches Handels- und Wechselrecht, Band 12.
5. Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts 1900.
6. Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Band III: Das Sachenrecht 1898.
7. Düringer und Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Band II.
8. Endemann: Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts Band II, 1882.
9. Franck: Das Retentionsrecht des Spediteurs in Siebenhaar's Archiv für deutsches Handels- und Wechselrecht, Band 15.
10. Fuchsberger: Sämtliche Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Handelsrechts 1899.
11. Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts, Band I, Abtg. 2, 1868.
12. v. Hahn: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Band II, 1875.
13. Korn: Das kaufmännische Retentionsrecht. Tübingen 1881.
14. Laband: Das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band IX.
15. Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, Band II, 1901.
16. Litthauer: Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 1900.
17. Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar 1902. Erster Band, Titel II, Buch III (Handelsgeschäfte).
18. Neresheimer: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. München 1895.
19. Puchelt: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1885.
20. Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band II, 1900.
21. v. Stubenbenrauch: Handbuch des österreichischen Handelsrechts, 1863.
22. Thoel: Das Handelsrecht, Band I, Abteilung 2, 1876.
23. Wächter: Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Erster Teil 1865.

Kapitel I.

§ 1.
Historisch-dogmatische Einleitung.

Die Seele des modernen Geschäftsverkehrs ist der Kredit. Kredit heißt Glaube, Vertrauen; wo das Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit des Schuldners mangelt, muß es durch Sicherstellung des Gläubigers ersetzt werden. Die Sicherstellung geschieht gewöhnlich und wohl am besten durch Waren oder Wertpapiere, die dem Kreditierenden verpfändet werden. Wenn auch heute die Schwierigkeiten der Befriedigung aus dem Pfande gehoben sind, so zeigt die Pfandsicherung für den kaufmännischen Verkehr doch immer noch Mißstände; sie ist zum Teil nicht schmiegsam genug, zum Teil ist sie auch geradezu nachteilig — der Mangel liegt hauptsächlich in der festen Verknüpfung von Pfand und Forderung: „Im kaufmännischen Verkehr handelt es sich meistens nicht um ein Geschäft, sondern um eine Reihe von Operationen, bei denen bald der eine, bald der andre Teil als Käufer, Verkäufer, Kommissionär, Wechselschuldner u. s. w. auftritt, es sind also stets mehrere Forderungen in der Schwebe, und ein Rechtsgeschäft dient oft sowohl zur Begründung neuer Verbindlichkeiten wie zur Tilgung von Rückständen, so daß der Gläubiger die gewollte Sicherheit nur hat, wenn die Deckung für seine jederzeitige Gesamtforderung gilt". [1]) Ferner kann die bei Entstehung einer Forderung nötig erscheinende Deckung sich alsbald als überflüssig erweisen, und die geschehene Pfandbestellung entwertet so dem Eigentümer die Ware ökonomisch und macht sie zu fernerem Umlauf untauglich. Zu diesem Nachteil kommt noch der weitere hinzu, daß das in dem Verlangen einer Pfandbestellung liegende Mißtrauen dem kaufmännischen Kredit schädlich ist und die kaufmännische Ehre des Schuldners verletzt. Daher mußte man ein Surrogat für die Pfandbestellung

[1]) Protokolle S. 456, 460.

finden, das mit dem Pfande die Sicherheit der Befriedigung gemeinsam hatte, sich aber den Verhältnissen des Handels besser anpaßte und außerdem den Schuldner in seiner Ehre schonte. Die Deckung mußte derart beschaffen sein, daß sie für die jedesmalige Forderung des Gläubigers ohne ausdrückliche Bestellung durch Werte des Schuldners eintrat, die der Gläubiger im entscheidenden Moment in Händen hatte. Hier wäre gerade das gesetzliche Pfandrecht am Platze gewesen, man sträubte sich aber in Deutschland, dieses allgemein für diesen Fall anzuerkennen, und fand das notwendige Surrogat in einer Weiterbildung des Zurückbehaltungsrechts, des ius retentionis. Diese Weiterbildung änderte jedoch den Charakter des Rechts ganz erheblich: Aus einem bloßen Sicherungswurde ein Befriedigungsrecht.

Von einem „Zurückhalten", einem „retinere" sprechen die Pandekten an einigen Stellen. [1]) Mittels der exceptio doli verweigerte hier der Beklagte seine Leistung, bis der andere Teil gewissen Gegenansprüchen gerecht geworden war. Es waren aber nur immer einzelne Fälle, in welchen dieses Leistungsverweigerungsrecht für anwendbar erklärt wurde, der Begriff des Retentionsrechts war noch nicht ausgebildet, und erst das gemeine Recht brachte auch hier Klarheit und System. Die Entwicklung fand schließlich ihren Abschluß in den §§ 273, 274 und 1000—1003 B. G. B. Voraussetzung dieses Zurückbehaltungsrechts ist Konnexität und Fälligkeit der gegenseitigen Ansprüche, Gegenstand ist die Verweigerung der geschuldeten Leistung und die Wirkung eine Sicherstellung des Gläubigers. Nur in einem einzigen Fall hat der Gläubiger auch ein Recht auf Befriedigung aus der Sache und zwar nach § 1003 B. G. B. als Besitzer einer fremden Sache wegen seines Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen; hier kann er den Eigentümer zur Genehmigung der Ersatzforderung binnen bestimmter Frist auffordern und nach fruchtlosem Ablauf der Frist Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf suchen. Dieses Recht besteht auch im Konkurse der Masse gegenüber, soweit es sich um eine Verwendung in den Nutzen der Sache handelt, freilich nur wegen des den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Betrags der Forderung aus der Verwendung (§ 49 Nr. 3 K. O.) Diese, wenn auch beschränkte Wirkung im Konkurse und das Be-

[1]) Erschöpfend sind diese Stellen wohl bei Goldschmidt § 93 Note 2 aufgezählt.

friedigungsrecht durch pfandartigen Verkauf der Sache n ä h e r n das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Rechts dem des Handelsrechts, jedoch ohne daß beide übereinstimmen; denn immer erfordert das erstere Konnexität der gegenseitigen Ansprüche, während das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dem Kaufmann eine Befriedigung für a l l e seine Ansprüche gewährt.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht hat sich wohl aus der Ueberzeugung gebildet, daß im Handelsverkehr jede Sache des Schuldners in der Hand des Gläubigers diesem Deckung bieten müsse. [1]) Diese Anschauung fand sich zuerst in den italienischen Statuten nachweisbar vertreten und nahm von hier ihren Weg nach den Niederlanden, Frankreich, England und Deutschland; zuerst in der Praxis geübt und gegen die engherzige Doktrin ankämpfend, setzte sie sich schließlich gegen letztere durch und fand ihren Weg in die Gesetzgebungen. [2])

Unser neues Handelsgesetzbuch regelt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht in den § 369—372 nur mit geringen Abweichungen gegenüber dem alten H. G. B. (Art. 313—316.) Vor allen Dingen ist hier zu erwähnen, daß heute das Zurückbehaltungsrecht auch an Sachen des Gläubigers zulässig ist, die von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen sind. § 369 Abs. 2 bringt Bestimmungen über die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber Dritten. Der alte Art. 315 verpflichtete den Gläubiger, unverzüglich dem Schuldner von der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts Nachricht zu geben; wenn diese Pflicht auch heute nicht mehr ausdrücklich erwähnt ist, so wird sie sich doch aus den die ganze Regelung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr von selbst ergeben. Der alte Art. 314 führte noch den Fall des Personalarrests an, dieser schon durch Reichsgesetz am 29. Mai 1868 aufgehoben, wird natürlich heute nicht mehr erwähnt. § 371 [1] Satz 2 regelt den Vorrang des Gläubigers vor den Rechten Dritter hinsichtlich der Befriedigung; die Regelung ergiebt sich eigentlich schon aus § 369 [2] und ist daher überflüssig. [3]) Die Befriedigung erfolgte früher nur im Wege des Verkaufs der retenierten Sachen, heute erfolgt sie nach den Regeln des Pfandrechts; es können also auch Gegenstände reteniert werden,

[1]) Prot. S. 454—456.

[2]) Das Nähere siehe bei Goldschmidt § 96.

[3]) Staub S. 1222.

aus welchen die Befriedigung nicht im Wege des Verkaufs geschehen kann, so z. B. gewisse Wertpapiere, die nach § 1282 B. G. B. im Wege der Einziehung zur Realisierung gelangen. Die Klage des Gläubigers ging früher auf Gestattung des Verkaufs, heute geht sie auf Gestattung der Befriedigung. Die Bestimmung, daß das Befriedigungsrecht auch im Konkurse des Schuldners fortbesteht, wurde in die K. O. § 49 Nr. 4 hinübergenommen. Der § 371[3] statuiert noch besonders, daß der Verkauf des Gegenstandes ohne vollstreckbaren Titel nicht rechtmäßig ist; die Beziehung auf die Vorschriften über den Pfandverkauf gestattet hier eine nähere Bestimmung der Unrechtsfolgen gegenüber dem Erwerber. Neu ist ferner § 372; er giebt besondre Bestimmungen für einzelne Fragen, bei denen die Bezugnahme auf die Vorschriften des B. G. B. nicht genügend erschien, um zu zweifelsfreien Ergebnissen zu gelangen. [1]) Art. 316 ist gestrichen.

Das Zurückbehaltungsrecht ist eine Neuschöpfung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs freilich in Anlehnung an andre Rechte, geschaffen lediglich auf Grund der Ueberzeugung, daß es dem Geschäftsverkehr dienlich ist. Es ist nun durchaus nicht nötig, bei einem solchen Institut noch nach einer inneren Rechtfertigung und einem tieferen Grunde zu suchen. Laband [2]) will jedoch einen solchen durchaus finden, und er sieht ihn in der stillschweigenden Einwilligung des Schuldners, daß der Gläubiger Waren des Schuldners, die er in Händen hat, als Deckung betrachtet. „Es sei aber nicht erforderlich" sagt er, „daß diese Einwilligung zu der Zeit bestehe, zu welcher der Gläubiger von dem Retentionsrechte Gebrauch mache." Schon hieraus ergiebt sich, daß die Rechtfertigung nicht in einer Einwilligung des Schuldners zu suchen ist. Nicht deshalb besteht das Zurückbehaltungsrecht, weil es der Schuldner so will, sondern im Gegenteil, es dient gerade zum Schutz gegen die Unbilligkeiten eines auf Herausgabe der Sache und der darin liegenden Entziehung eines eventuellen Befriedigungsmittels gerichteten Willens, und es bleibt selbst gegen den Willen des Schuldners bestehen, wenn z. B. der Schuldner unsicher geworden ist. Man kann also das kaufmännische Zurückhaltungsrecht nicht auf die stillschweigende Einwilligung des Schuldners gründen. [3])

[1]) Denkschrift S. 214.

[2]) S. 493, 501.

[3]) Vertreten wurde diese Ansicht außer von Laband auch von v. Hahn in der Kommission (Prot. 1339—1341.) Dagegen siehe Gold-

Es war eben davon die Rede, daß der Wille des Schuldners im Falle seiner Unsicherheit unmaßgeblich ist; es ist hier hervorzuheben, daß dieser Fall eigentlich derjenige ist, in welchem das Zurückbehaltungsrecht für den Gläubiger die rechte Bedeutung erlangt; denn so lange sich der Schuldner in guter Vermögenslage befindet, wird der Gläubiger von seinem Rechte keinen Gebrauch machen wollen, schon um den Schuldner nicht zu verletzen; ferner macht die Anweisung des Schuldners oder die übernommene Verpflichtung des Gläubigers, in einer bestimmten Weise mit den Retentionsobjekten zu verfahren, das Zurückbehaltungsrecht meistens illusorisch. Bei Eintritt der Unsicherheitsmomente jedoch braucht der Gläubiger auf den Schuldner nicht mehr Rücksicht zu nehmen, er darf einer sein Recht sonst hindernden Anweisung oder Verpflichtung entgegenhandeln und hat das Zurückbehaltungsrecht selbst dann, wenn seine Forderung noch nicht fällig geworden ist. Das ist der Fall des sogenannten Not-Zurückbehaltungsrechts.

Wie überall beim Auftauchen eines neuen Rechtsinstituts, so suchte man auch hier das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht in eines der gemeinrechtlichen Rechtsinstitute zu zwängen und es so systematisch unterzubringen. Gemäß den in den Protokollen enthaltenen Meinungsäußerungen bei Gelegenheit der Beratung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs ist das Zurückbehaltungsrecht von der Wissenschaft zum Teil als ein pfandartiges, zum Teil als ein der Kompensation ähnliches Rechtsinstitut aufgefaßt worden. Wolff [1]) nennt es ein modifiziertes Pfandrecht, dessen Umfang und Wirkung gegenüber dem ordentlichen Pfandrecht Einschränkungen erfahren habe, v. Stubenrauch [2]) ein stillschweigendes Pfandrecht, obwohl es überhaupt nicht auf dem Willen des Schuldners beruht, Wächter [3]) erklärt es schlechthin für eine Art von Kompensationsrecht, obwohl von einer Befugnis des Gläubigers, mit den Retentionsobjekten gegen seine Forderung aufzurechnen, nicht die Rede ist. Nach v. Hahn [4]) steht es in

schmidt S. 998, 1030, 1041, Korn S. 23 und 24 und mit aller Schärfe, weil von entgegenstehender Ansicht ausgehend, Auerbach bei Siebenhaar XII S. 20.

[1]) Busch's Archiv III S. 256 ff.

[2]) S. 421.

[3]) S. 139.

[4]) S. 171.

der Mitte zwischen Retention und Kompensation, mit welchen es eine gemeinsame Grundlage habe, insofern es wie diese beiden eine besondre Formulierung der exceptio doli enthalte. Nach Korn [1]) steht es nicht in der Mitte, sondern verbindet diese beiden Institute, doch auch mit dieser Ansicht ist nicht viel gewonnen. Mit Schlagworten läßt sich hier wenig anfangen, wir haben hier ein Zwitterding, das die Wirkungen des Pfand- Kompensations- und Retentionsrechts vereinigt. [2]) Die ganze Kontroverse ist aber heute in sofern ziemlich unfruchtbar, als eine Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften aus der juristischen Konstruktion des Rechts sich deshalb erübrigt, weil das Handelsgesetzbuch das Institut genau geregelt hat, während andrerseits für die Beantwortung der Frage nach dem persönlichen oder dinglichen Charakter des Rechts eine sichere Handhabe in der Vorschrift des § 369 Abs. 2 H. G. B. gegeben ist. Dieser Abs. 2 des § 369 bestimmt: „Einem Dritten gegenüber besteht das Zurückbehaltungsrecht insoweit, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können."

Wie die Denkschrift S. 212 ausdrücklich hervorhebt, ist diese Bestimmung gegeben einerseits, um die sich aus einer eventuellen Anerkennung des dinglichen Charakters des Zurückbehaltungsrechts ergebenden mißlichen Konsequenzen zu vermeiden, andrerseits, um trotz Verneinung der Dinglichkeit dem Retinenten einen genügenden Schutz gegen Verfügungen des Schuldners zu gewähren. Dennoch glauben Garsis [3]) und Staub [4]), aus dieser Vorschrift nicht auf den obligatorischen Charakter des Zurückbehaltungsrechts schließen zu müßen; der eine hält es für dogmatisch richtiger, trotz der Erklärung der Denkschrift das Recht als dingliches aufzufassen, und der andre glaubt die früher behauptete Dinglichkeit weiter verfechten zu können, weil sich das Gesetz nicht ausdrücklich für die obligatorische Natur des Rechts ausgesprochen habe. Daß das Gesetz das nicht positiv ausgesprochen hat, ist zwar richtig, wenn sich aber aus § 369 Abs. 2 auch nur für einen einzigen Fall ergiebt, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht dinglich wirkt, so muß man die Dinglichkeit vereinen und den persönlichen

---

[1]) S. 19.

[2]) So Goldschmidt S. 1031, Neresheimer S. 13 und in wesentlicher Uebereinstimmung auch das R. O. H. G. in mehreren Entscheidungen: II S. 77, 383; X S. 74; XV S. 100.

[3]) Anm. 7 zu § 369. [4]) S. 1216.

Charakter des Rechts anerkennen. Als dieses eine Beispiel sei der Fall gewählt, daß ein gesetzliches Pfandrecht an der retenierten Sache später als das Zurückbehaltungsrecht entstanden ist. Da dem gesetzlichen Pfandgläubiger die Einwendungen gegen den Herausgabeanspruch des Schuldners nicht entgegengesetzt werden können, so cessiert ihm gegenüber das Zurückbehaltungsrecht. Als dingliches Recht müßte es absolut d. h. gegen jedes Recht wirken, das sich ihm entgegenstellen will, sofern es nur älter ist, folglich auch gegen ein später entstandenes gesetzliches Pfandrecht. Da das aber nicht der Fall ist, so muß man notwendigerweise die Dinglichkeit verneinen. Staub behauptet zwar, daß das Zurückbehaltungsrecht einem später entstandenen gesetzlichen Pfandrecht vorgehe und folgert diese Wirkung aus § 1257 B. G. B. und einer entsprechenden Anwendung des § 986[2] B. G. B. auf das gesetzliche Pfandrecht. Mit Recht setzen ihm aber hier Düringer und Hachenburg [1]) entgegen, er verkenne, daß auf das kraft Gesetzes entstandene Pfandrecht die Vorschriften der §§ 1204 ff B. G. B. nur entsprechende Anwendung finden könnten, keine Anwendung erlitten also diejenigen, die eben ein Rechtsgeschäft des Schuldners voraussetzen — die Disposition des Schuldners. Hierzu gehöre aber gerade die analoge Anwendung des § 986[2] B. G. B. Das gesetzliche Pfandrecht treie unabhängig von einer Disposition des Schuldners ein, deshalb könnten auch Mängel, welche dieser Disposition anhaften, hier nicht in Frage kommen.

Das Argument Staubs ist also zu verwerfen, das Zurückbehaltungsrecht geht dem gesetzlichen Pfandrecht nicht vor und daraus folgt seine obligatorische Natur. [2])

Wie schon einmal hervorgehoben, ist der Charakter des Zurückbehaltungsrechts der eines Befriedigungs-, nicht der eines Sicherungsrechts. Das Zurückbehalten spielt beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht dieselbe Rolle wie der Gewahrsam beim Faustpfand; es ist die notwendige Voraussetzung für die Ausübung des Rechts, man kann es nicht etwa als das eine von den zwei gleich wichtigen im kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht liegenden Rechten betrachten. [3]) Dieser Gesichtspunkt ist

---

[1]) S. 569.

[2]) Auf demselben Standpunkt steht die gesamte übrige Litteratur und vor Allem das Reichsgericht in einer Menge von Entscheidungen: VIII S. 82, 83; XIV S. 153, 154.

[3]) Vergl. dagegen Makower S. 1050.

festzuhalten für alle Fragen, die aus dem Charakter des Rechts resultieren, er muß maßgebend sein für die Behandlung der Voraussetzungen, des Inhalts und der Ausübung des Rechts.

Kapitel II.

Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

Abschnitt 1.

Voraussetzungen bei normaler Vermögenslage des Schuldners.

§ 2.

A. Voraussetzungen bezüglich der Subjekte.

Nach § 369 H. G. B. kann das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nur von einem Kaufmann gegen einen Kaufmann ausgeübt werden. Während Art. 262 des Entwurfs erster Lesung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs im Anschluß an § 50 des östereichischen Entwurfs und dessen Vorbild, die östereichische Wechselordnung von 1763, lediglich auf Seiten des Retinenten Kaufmannseigenschaft verlangte und dem kaufmännischen Gläubiger auch gegen den Nichtkaufmann das Retentionsrecht gewährte, wurde in der Nürnberger Konferenz [1]) mit Recht betont, daß hierdurch der kaufmännische Gläubiger gegenüber dem nichtkaufmännischen ohne jeden Grund bevorzugt und so namentlich eine grelle Benachteiligung der Nichtkaufleute im Konkurse eintreten würde. Diese Erwägungen führten zu der Einschränkung des Retentionsrechts auf die kaufmännischen Kreise. [2])

Das Recht muß also einem Kaufmann gegen einen andern Kaufmann zustehen. Die Kaufmannseigenschaft bestimmt sich nach den §§ 1—5 H. G. B.: es gehören dazu Alle, welche ein Handelsgewerbe im Sinne von § 1 [2] betreiben, auch juristische Personen. Das Reich, die Bundesstaaten und

[1]) Protok. S. 1348, 1350, 1352.

[2]) siehe Korn S. 32, 33.

Kommunalverbände sind, soweit sie ein handelsgewerbliches Unternehmen betreiben, Kaufleute; dies gilt z. B. für staatliche und städtische Banken, Eisenbahnen, Manufakturen, Gasanstalten und dergl., Nichtkaufleute sind gemäß ausdrücklicher Bestimmung die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten. Kaufleute sind ferner die Handelsgesellschaften. Die Kaufmannseigenschaft dauert so lange, als der Betrieb des Handelsgewerbes, selbst wenn die Firma gelöscht ist. Gerät der Kaufmann in Konkurs, so behält er die Kaufmannseigenschaft nur, wenn er das Handelsgewerbe trotzdem fortsetzt. Auch Minderkaufleute sind Kaufleute. Hierzu gehören ferner die sog. Soll- und Kannkaufleute, sobald ihre Firma eingetragen ist, [1]) und schließlich auch diejenigen, welche infolge der Eintragung als Kaufleute gelten, trotzdem ihr Gewerbe kein Handelsgewerbe ist [2]), dies selbst dann, wenn nachträglich die Löschung des Eintrags deshalb erfolgt, weil die Voraussetzungen hierzu nicht vorhanden waren. [3])

Die Kaufmannseigenschaft muß beim Gläubiger vorhanden sein zur Zeit der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts; verliert er diese Eigenschaft später, so verliert er damit nicht auch sein Zurückbehaltungsrecht; denn die einmal erworbenen Rechte bleiben auch nachher noch bestehen. Verliert der Schuldner nach Entstehung des Rechts diese Eigenschaft, so bleibt es ebenfalls gegen ihn bestehen — es wäre ja auch unbillig, den Gläubiger, der sich gedeckt glaubte, durch den Eintritt eines Umstandes in der Person, vielleicht nicht einmal in den Vermögensverhältnissen seines Schuldners zu kürzen [4]).

„Ist nur der eine Teil Kaufmann, so ist der andere Teil als Gläubiger auf das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht beschränkt, das gilt namentlich vom Handlungsgehilfen und Handlungsreisenden. In der Kommission [5]) wurde der Antrag abgelehnt, ausdrückliche Bestimmungen hinsichtlich des Retentionsrechts an Mustern, Musterkoffern und Skripturen zu treffen. Den Reisenden ein Zurückbehaltungsrecht einzuräumen, schien bedenklich, da dieselben vielfach lediglich zur Chikane von diesem Recht

[1]) § 2 und 3 H. G. B.

[2]) § 5 H. G. B.

[3]) Düringer-Hachenburg S. 559.

[4]) ebenso Staub S. 1208 und Makower S. 1040; das R. O. H. G. VI. S. 113 läßt den Augenblick der Ausübung des Rechts entscheiden.

[5]) Kommissionsbericht über den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs S. 23.

Gebrauch machen würden. Dem Antrag wurde mit der Begründung entgegengetreten, daß das bürgerliche Recht vollständig ausreiche. Das B. G. B. gewähre das Zurückbehaltungsrecht dem Reisenden im allgemeinen nicht, da er nicht Besitzer, sondern nur Besitzdiener der betreffenden Gegenstände sei. Ausnahmsweise habe er allerdings das Zurückbehaltungsrecht, wenn er durch die Muster u. s. w. Beschädigungen erlitten oder Aufwendungen für den Prinzipal auf die Muster gemacht habe. Ihn in dieser Richtung schlechter zu stellen als jeden Dritten, dazu liege keinerlei Grund vor. Die Kommission schloß sich dieser Auffassung an und lehnte die Anträge ab."

B. Voraussetzungen bezüglich der Forderungen.

§ 3.

I. Im Allgemeinen.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dient der Befriedigung des Gläubigers, es setzt also eine Forderung voraus, für welche der Gläubiger befriedigt werden soll. Das Gesetz, welches das Zurückbehaltungsrecht schon auf Kaufleute beschränkt hat, beschränkt es weiter auf Forderungen, die 1) fällig und 2) aus beiderseitigen Handelsgeschäften entstanden sind. Außer diesen beiden Erfordernissen hat der Gesetzgeber keine andern Voraussetzungen hinsichtlich der Forderung aufgestellt. So sah er vor allen Dingen von dem Erfordernis der Konnexität ab. Der Begriff der Konnexität, früher wenig geklärt, wird heute im § 273 B. G. B. definiert: konnex ist der Anspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem eine Verpflichtung beruht, oder der Anspruch auf Ersatz von Schäden und Verwendungen auf eine herauszugebende fremde Sache. Beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht ist also nicht nötig, daß die Forderung, wegen deren das Recht ausgeübt wird, sich gerade auf die zurückbehaltene Sache bezieht oder mit dem Geschäft, das dem Gläubiger den Besitz der Sache verschafft hat, rechtlich irgendwie zusammen hängt. Cosack [1]) führt hier folgendes Beispiel an: A. war früher Cigarrenhändler und hat aus einer Cigarrenlieferung gegen den Gastwirt B. eine Forderung erworben; später wird er Bankier und nimmt B.'s

[1]) S. 155.

Papiere in Verwahrung. Er kann dann die Papiere wegen jener Forderung zurückbehalten, vorausgesetzt, daß B. bei der Bestellung der Cigarren nicht als Privatperson, sondern als Geschäftsmann aufgetreten ist.

Da der Begriff der Konnexität früher kein fester war, sondern bald enger bald weiter gefaßt wurde, wonach sich also für das Zurückbehaltungsrecht ein bald engerer, bald weiter Umfang ergab, so war es untunlich [1]), das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht an das Erfordernis der Konnexität zu knüpfen, man führte statt dessen das tatsächliche Moment des beiderseitigen zwischen Retinent und Schuldner geschlossenen Handelsgeschäfts ein. Ferner sah man wie bei der Kompensation von dem Erfordernis der Liquidität ab [2]), von einer Bescheinigung der Forderung und von einem Verzuge des Schuldners [3]). Ohne Bedeutung ist weiter die Zeit der Entstehung der Forderung — soweit Retention zulässig ist, mag die Forderung vor, zugleich mit oder erst nach der Erlangung des Besitzes der Sache zur Existenz gelangt sein. [4]) Der Antrag v. Hahns das Zurückbehaltungsrecht nur zu gewähren, wenn die Forderung vor Uebermachung der Ware oder gleichzeitig mit dieser entstanden sei, wurde mit größter Majorität abgelehnt. [5]) — Gleichgültig ist auch der Grund der Forderung — ein Antrag v. Hahns das Zurückbehaltungsrecht nur dem Ehrenzahler oder Acceptanten eines Wechsels für die aus Ehrenzahlung oder Accept entstandenen Forderungen zu gewähren, wurde abgelehnt. [6]) Dagegen muß die Forderung natürlich rechtsgültig und klagbar sein, das Zurückbehaltungsrecht besteht also nicht bei Forderungen aus Differenzgeschäften und bei verjährten Forderungen. [7])

Vielfach [8]) wird angenommen, daß der Gegenstand der Forderung gleichgültig sei. Das ist aber falsch: er muß immer ein Anspruch sein, der in eine Geldforderung über-

---

[1]) Laband S. 487.

[2]) anerkannt in R. O. H. G. X S. 236.

[3]) anerkannt in R. O. H. G. X S. 235.

[4]) Die Zeit der Entstehung kommt nur bei Unsicherheit des Schuldners in Betracht (siehe unten S. 38 Anm [7]).

[5]) Prot. S. 1339—1341, 1345, 1352.

[6]) Prot. S. 1339—1341, 1345, 1352.

[7]) § 223 B. G. B., auf den sich Lehmann-Ring S. 86 und Makower S. 1040 beziehen, sagt davon nichts.

[8]) So Neresheimer S. 36, Korn S. 48, Goldschmidt S. 1038, v. Hahn S. 173, Makower S. 1040.

gehen kann, weil das letzte Endziel die Befriedigung durch den Verkauf der Sache ist. [1]) Geht also der Anspruch auf die Abgabe einer Erklärung, auf ein Tun oder Unterlassen, so kann das Zurückbehaltungsrecht nur ausgeübt werden, wenn die Nichtbefriedigung dieses Anspruchs eine Schadensforderung begründen kann. (§ 251 B. G. B.)

§ 4.

II. Fälligkeit der Forderung.

Wie schon oben hervorgehoben, darf die Forderung nicht bedingt oder betagt sein. Die Notwendigkeit dieses Erfordernisses ergiebt sich aus mannigfachen Gründen. In der Kommission wurde — wenn auch mit Unrecht — immer hervorgehoben, daß die Retention eine Ausdehnung der Kompensation von Geld auf Sachen sei; wie die Fälligkeit ein Erfordernis der Kompensation sei, so müsse es auch ein Erfordernis der Retention sein, die Retention dürfe nicht weiter führen als die Kompensation. Es wäre direkt unangemessen, zu bestimmen, daß einerseits derjenige, der gegen einen Andern eine nichtfällige Forderung habe, sich wegen derselben an der bereits fälligen Summe, die er seinem Gläubiger schuldet, nicht dadurch erholen dürfe, daß er sein Geld zu seiner Deckung reteniere, daß er dagegen wegen derselben Forderung die beweglichen Sachen behufs seiner Deckung zurückbehalten dürfe. Daher wurde in zweiter Lesung die Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts auf fällige Forderungen beschlossen. Der erste Entwurf hatte hiervon abgesehen, und erst als der Vertreter Würtembergs erklärte, bei Beibehaltung dieser Bestimmung sich nicht weiter an den Beratungen zu beteiligen, entschloß man sich zu obiger Beschränkung. [2]) Eine Ausdehnung auf nichtfällige Forderungen wäre schon an sich nicht gerechtfertigt. „Eine Forderung ist so lange nicht fällig als sie kreditiert ist; der Gläubiger zeigt dadurch, daß er die Realisierung der vom Schuldner übernommenen Verbindlichkeit auf eine spätere Zeit festsetzt, daß er dem Schulpner vertraut und daß er darauf verzichtet, während dieser Zeit die Sachen des Schuldners, die sich in seiner Hand befinden, als Deckung zu benutzen; er ver-

[1]) Staub S. 1209, Lehmann-Ring S. 87, siehe auch § 1228² B. G. B.
[2]) Prot. S. 1352.

pflichtet sich also, für die Dauer der Kreditierung ohne Sicherheit zu bleiben und dem Schuldner die Möglichkeit zu gewähren, die zur Deckung erforderlichen Mittel zu andern Zwecken zu benutzen. Der Schuldner ist demnach während dieser Zeit nicht genötigt, sein Vermögen durch Verpfändung wertlos liegen zu lassen, er kann damit operieren und ist an dessen Umsatz nicht gehindert. Diesem berechtigten Vertrauen des Schuldners, sein Vermögen verwerten zu können, würde nun direkt entgegengehandelt und der Zweck der Kreditierung würde direkt vereitelt, wenn der Gläubiger schon vor der Fälligkeit die Möglichkeit hätte, sich zu decken." [1])

Die Fälligkeit der Forderung muß spätestens in dem Augenblick vorhanden sein, in dem der Gläubiger sein Zurückbehaltungsrecht geltend macht; wird er also zur Herausgabe der retenierten Sache aufgefordert, in dem Moment der Herausgabeverweigerung oder, falls eine Weigerung nicht vorausgegangen ist, in dem der Klagerhebung auf Gestattung der Befriedigung. Nicht notwendig ist, daß die Forderung schon zur Zeit der Besitzerlangung der retenierten Sache fällig war. [2]) Ueber die Fälligkeit entscheidet das maßgebende Recht der Forderung; nach § 271 [1] B. G. B. spricht eine gesetzliche Vermutung für die sofortige Fälligkeit, sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergiebt. Ist die Leistungszeit in unbestimmten Ausdrücken festgesetzt, so entscheidet der Richter gemäß § 242 B. G. B.

Zweifel über den Augenblick der Fälligkeit können bei Deckungs-Forderungen des Acceptanten aus Wechselaccepten entstehen. — Wie oben erwähnt, ist dies der Fall, auf den nach einem Antrage v. Hahns das Zurückbehaltungsrecht beschränkt werden sollte. — Es fragt sich, ob die Forderung des Acceptanten schon mit der Annahme oder erst mit der Zahlung fällig wird. Auszuschalten ist hier zunächst der Fall, daß der Acceptant den Wechsel annimmt, weil er dem Trassanten etwas schuldet; denn hier ist für ihn gar keine Forderung entstanden, vielmehr wird eine Forderung des Trassanten gegen ihn getilgt. Ist nun nicht behufs Tilgung einer Forderung trassiert, so stellt der Wechsel einen Befehl oder richtiger Auftrag des Trassanten an den Bezogenen dar, den Wechsel zu acceptieren und dem Remittenten zu zahlen. In Höhe seines Accepts erhält nun der Bezogene, wenn er

---

[1]) Korn

[2]) Düringer-Hachenburg S. 559.

acceptiert, einen Revalierungs-Anspruch gegen den Trassanten. Zwei Fälle sind hier zu unterscheiden: I. Der Acceptant hat auf Kredit acceptiert, d. h. er wollte mit der Annahme dem Trassanten einen Vorschuß leisten; durch die Annahme verpflichtete er sich, den Wechsel für Rechnung des Ausstellers einzulösen und zugleich die in seiner Hand befindlichen Gegenstände des Schuldners nicht als Befriedigungsobjekte zu betrachten; er will also seine Forderung erst mit der Zahlung fällig werden lassen. In diesem Falle kann er also erst von der Zahlung an das Zurückbehaltungsrecht geltend machen. II. Im Zweifel ist jedoch anzunehmen, daß der Bezogene nicht auf Kredit, sondern vielmehr unter der Annahme acceptierte, daß der Trassant ihm die Mittel zur Erfüllung der übernommenen Wechselverpflichtung sofort verschaffen werde. Im Augenblick der Acceptierung ist seine Forderung daher fällig und ein Zurückbehaltungsrecht ausübbar. [1])

§ 5.

III. Grund der Forderung.

Die Ansprüche des Gläubigers und Schuldners brauchen nicht konnex zu sein, statt dessen ist aber erforderlich, daß die Forderung des Gläubigers aus einem zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäft hervorgegangen ist. Dieses Erfordernis bedeutet eine besondere Art der Konnexität. „Eine solche wird nämlich begründet durch den Geschäftsverkehr zweier Kaufleute selbst. Alle zwischen ihnen geschlossenen Geschäfte sind mit einander konnex, das eine ist oft die Veranlassung oder Folge des andern; die Deckung, die der eine in Händen oder zu erwarten hat, ist für ihn oft Veranlassung, dem andern Kredit zu geben und neue Geschäfte mit ihm abzuschließen. Der Kaufmann pflegt den ganzen Stand seines Geschäftsverkehrs mit dem andern Kontrahenten im Auge zu behalten; nicht wieviel er bei dem einzelnen Geschäft dem andern traut, sondern wieviel er nach dem Stande seines Kontos von ihm zu fordern oder an ihn zu zahlen hat, ist maßgebend. Den prägnantesten Ausdruck hat diese Konnexität, welche unter allen Geschäften zweier Kaufleute besteht, in dem Kontokurrentverhältnis gefunden: die einzelnen Geschäfte erscheinen nur als Teile oder Faktoren einer umfassendern Einheit." [2])

---

[1]) v. Hahn S. 173.

[2]) Laband S. 487.

Diese gegenseitige Beziehung von Forderung und Herausgabeanspruch bildet also einen Ersatz für die Konnexität, zugleich dient sie aber auch dem Zweck, die Interessen der Nichtkaufleute zu schützen.

Das Zurückbehaltungsrecht kann demnach nur ausgeübt werden zunächst wegen einer Geschäftsforderung. Jede Nicht-Geschäftsforderung ist ausgeschlossen. Dahin gehören Ansprüche ex lege und ex delicto; [1]) soweit sich das Delikt zugleich als Verletzung des Vertrages darstellt, ist die Forderung aus der Vertragsverletzung Geschäftsforderung. Dann soll die Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften entstanden sein. Das zu Grunde liegende Geschäft muß also Handelsgeschäft sowohl für den Gläubiger als auch für den Schuldner sein, es genügt nicht, daß beide Teile Kaufleute sind, vielmehr muß das betreffende Geschäft bei beiden zum Betriebe des Handelsgewerbes dienen. (§ 343 H. G. B.) Es muß also entweder zu den Geschäften gehören, welche die Grundlage des Betriebes bilden und das Gewerbe zum Handelsgewerbe machen, oder auch zu denen, welche dem Betriebe als Neben- und Hilfsgeschäfte dienen. Die im § 1^2 H. B. G. bezeichneten Geschäfte sind auch dann Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andre Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen worden. Hier greift auch § 344 H. G. B. Platz, der eine gesetzliche Präsumtion für die handelsgeschäftliche Natur aller Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns dergestalt aufstellt, daß dieselben als Handelsgeschäfte zu beurteilen sind, wenn es nicht zweifellos ist, daß sie außerhalb des Gewerbebetriebes abgeschlossen sind. Nicht einmal der Umstand, daß ein Vertrag gegen ein Verbotsgesetz verstößt, schließt ihn notwendig aus dem Bereiche der Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe aus. [2]) Für Schuldscheine gilt die besondre Fiktion des § 344^2 H. G. B., sie gelten als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus der Urkunde das Gegenteil ergiebt. Der Begriff des Schuldscheins ist hier in der weitesten Bedeutung zu nehmen; es gehören hierher also auch Wechsel und zwar sowohl die Ausstellungen als auch das Giro und die Acceptierung, [3]) Verpflichtungs- und Bürgschaftsscheine, Inhaber- und Orderpapiere.

---

[1]) Lehmann-Ring S. 86.

[2]) Gruchot 33 S. 1045.

[3]) R. O. H. G. IV. S. 35, IX S. 174.

Als beiderseitiges Handelsgeschäft gilt auch die unter Kaufleuten in der beiderseitigen Erwartung, daß ein Kaufvertrag darüber zu Stande kommen werde, erfolgte Zusendung und Annahme von Waren und das für den Fall der Nichteinigung entstehende Schuldverhältnis, [1]) ferner das Engagement eines Kaufmanns als Kassierer durch eine Genossenschaft [2]) — die Forderung auf Ersatz eines Kassendefekts wurde als eine aus diesem Handelsgeschäfte hervorgegangene angesehen und deswegen das Retentionsrecht der Genossenschaft an den zur Deckung eines Defekts ihr unzulänglich verpfändeten Papieren des Kassierers anerkannt.

Als geeignete Forderung ist auch der Anspruch auf Ersatz von Prozeßkosten anzusehen, nämlich dann, wenn er entstanden ist durch Geltendmachung eines beiderseitigen handelsgeschäftlichen Anspruchs. [3])

Ist das der Forderung zu Grunde liegende Geschäft als beiderseitiges Handelsgeschäft festgestellt, so muß es noch daraufhin untersucht werden, ob es auch zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossen ist. Dies ist nicht der Fall, wenn entweder der Anspruch des Gläubigers oder die Verbindlichkeit des Schuldners einen andern Entstehungsgrund als ein zwischen ihnen geschlossenes Handelsgeschäft haben. Dieser andre Entstehungsgrund kann eine Universal- oder Singularsuccession sein, durch welche Forderung resp. Schuld auf den Gläubiger resp. Schuldner übergegangen sind z. B. Vermögens- oder Geschäftsübergang resp. -Uebernahme und Erbgang einerseits, Legat und Cession andrerseits. Wenn die Forderung auf solche Weise übergegangen ist, so ist Retention dennoch möglich, sobald der Schuldner sich auch dem neuen Gläubiger gegenüber ausdrücklich verpflichtet und vom früheren Gläubiger ausdrücklich seiner Verbindlichkeit entlassen wird. Wenn die Schuld derart übergegangen ist, ist Retention möglich, sobald der neue Schuldner dem Gläubiger gegenüber die Schuld ausdrücklich übernimmt und der alte Schuldner ausdrücklich seiner Verbindlichkeit entlassen wird; denn jedesmal im Falle einer Delegation beruht die Forderung resp. die Schuld auf dem zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen Vertrage. [4])

---

[1]) R. O. H. G. X, 236.

[2]) R. O. H. G. VI S. 196.

[3]) Staub S. 1208.

[4]) v. Hahn S. 175, Neresheimer S. 34, Laband S. 491, Goldschmidt S. 1041, Lehmann-Ring S. 86.

Am häufigsten kommt in der Praxis der Fall vor, daß die Forderung durch Cession auf den Gläubiger übergegangen ist, und daß der Gläubiger einer solchen Forderung wegen Retention üben will. Die Meinungen gehen hier weit auseinander. Nach dem Wortlaut des § 369 H. G. B. sind cedierte Forderungen nicht zur Begründung eines Retentionsrechts geeignet, doch sollten sie nach den Protokollen auch nicht ganz ausgeschlossen sein, [1]) nämlich dann nicht, „wenn die Veranlassung zu dem Erwerbe der Forderung ein zwischen dem Cessionar und dem debitor cessus abgeschlossenes Handelsgeschäft sei." Die Meinung ging also offenbar dahin, daß ein Auftrag oder ein Einverständnis zwischen diesen beiden Personen über den Erwerb der Forderung einem beiderseitigen die Forderung begründenden, zwischen ihnen abgeschlossenen Handelsgeschäft gleich sei. Dem ist aber nicht so; denn das Gesetz spricht ausdrücklich von zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen Geschäften, hier liegen aber Geschäfte nicht nur zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern auch noch mit einem Dritten vor, nämlich: I. zwischen Cedent und cessus, II. zwischen Cedent und Cessionar und III. zwischen Cessionar und cessus. Eine dergestalt erworbene Forderung beruht also nicht auf einem zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern auf einem zwischen einem Dritten und dem Schuldner geschlossenen Handelsgeschäft.

Der Ausschluß cedierter Forderungen vom Retentionsrecht hat den Zweck, den Schuldner dagegen zu sichern, daß ein andrer Kaufmann, der Waren von ihm in Händen hat, Forderungen dieser Deckung wegen gegen ihn erwirbt und ihn so an der freien Verfügung über diese Waren hindert, ferner aber noch den weiteren Zweck, die Konkursgläubiger zu schützen gegen Deckungsinhaber, die vielleicht in der Nähe des Schuldners wohnend, sich bei dessen drohendem Konkurse Forderungen übertragen lassen und so sich selbst und ihren Cedenten einen unberechtigten Vorteil vor den übrigen am Konkurse beteiligten Gläubigern verschaffen.

Freilich wäre die Retention auf Grund cedierter Forderungen nicht schlechthin zu verwerfen, da die Cession an einen Deckungsinhaber wohl oft sogar im Interesse des Schuldners läge, indem der neue Gläubiger, gestützt auf die in seinen Händen befindlichen Befriedigungsmittel dem Schuldner weiter kreditieren würde, während der ungedeckte frühere

[1]) Prot. S. 1422.

Gläubiger eventuell geklagt hätte. Immerhin liegt aber die Gefahr nahe, daß ein Deckungsinhaber nur seiner Deckung wegen Forderungen gegen den Schuldner erwirbt und ihn so in der Disposition über die retenierten Waren und Wertpapiere hindert. Außerdem spricht auch der ausdrückliche Wortlaut des § 369 H. G. B. dagegen. Wir müssen uns also gegen die cedierten Forderungen entscheiden. [1])

Ferner kann das Zurückbehaltungsrecht nicht mit der Forderung übertragen werden; [2]) es geht auch nicht mit der Forderung kraft Gesetzes über wie das Pfandrecht nach § 1250 B. G. B.; denn in diesen Fällen kann man nicht sagen, daß die das Zurückbehaltungsrecht begründende Forderung auf einem zwischen Retinent und Schuldner geschlossenen Handelsgeschäft beruht. Als Befriedigungsrecht kann es auch nicht selbstständig ohne die zu befriedigende Forderung übertragen werden. [3])

In dem Kampf gegen die cedierten Forderungen geht Laband [4]) sogar soweit, daß er auch Wechselforderungen, die durch Indossament auf den Retinenten übergegangen sind, ausgeschossen wissen will, und ihm folgt Stubenrauch. [5]) Sie gehen beide von der Ansicht aus, daß man die Forderungen des Indossatars gegen den Aussteller, die früheren Indossanten und den Acceptanten nicht als auf einem zwischen den Parteien geschlossenen Geschäfte beruhend betrachten kann. „Wenn man aber hier auch nicht behaupten kann, daß zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner unmittelbar ein Handelsgeschäft abgeschlossen ist, wie es in § 369 heißt, so muß man doch hierbei in Betracht ziehen, daß die gedachte Bestimmung hauptsächlich getroffen ist, um cedierte Forderungen vom Zurückbehaltungsrechte auszuschließen. Die ganze Frage wird also unter dem Gesichtspunkt zu behandeln sein, ob Forderungen des Indossatars aus Wechseln als cedierte Forderungen zu betrachten seien. Die

---

[1]) Gegen unsre Ansicht Cosack S. 155, Wolff bei Busch III S. 268 ff unter der Voraussetzung der bona fides beim Erwerbe der Forderung, ferner Auerbach: das neue Handelsgesetz I S. 297 und Makower S. 1041, Auerbach jedoch nur unter den in den Protokollen S. 1422 gedachten Voraussetzungen und Makower nur für die durch Gesamtnachfolge übergegangenen Forderungen.

[2]) A. M. Staub S. 1208, Makower S. 1041, Düringer-Hachenburg S. 559.

[3]) ebenso Staub 1208.

[4]) S. 491.

[5]) S. 421.

Frage ist zu verneinen: die Forderung aus dem Wechsel gilt in der Hand des dritten Inhabers nicht als übergegangene Forderung eines früheren oder ersten Berechtigten aus einem für diesen begründeten Recht, sondern vielmehr als eine dem Inhaber unmittelbar aus den in dem Papiere enthaltenen Verpflichtungserklärungen erwachsene, bei welcher die Entstehung des Gläubigerrechts in seiner Person nur durch den Erwerb des Papiers vermittelt wird. Das Recht aus dem Wechsel entsteht eben für ihn dadurch, daß der Wechselunterzeichner mittels der Unterzeichnung erklärt, zu jedem legitimierten Inhaber der Urkunde in ein direktes Schuldverhältnis treten, denselben als seinen Gläubiger anerkennen zu wollen; er erklärt durch die Unterzeichnung, daß er nicht auf die Person des ersten Gläubigers Gewicht legen wolle, sondern sich gleichsam einen fungiblen Gläubiger gefallen lasse. Allerdings geschieht die Bestimmung der Personen der successiven Nehmer durch die selbstständige Entschließung der Vormänner; allein die Grundlage des Verhältnisses beruht immer auf dem Obligiertsein wollen des Wechselzeichners gegenüber unbestimmten Gläubigern. Es erscheint deshalb zulässig und gerechtfertigt, die rechtsgeschäftliche Handlung der Wechselzeichnung einerseits und des Papiererwerbs andrerseits als zwischen den betreffenden Personen geschlossene Geschäfte im Sinne des § 369 H. G. B. anzusehen. [1])

Was hier von Wechseln gesagt ist, gilt allgemein von allen indossablen Orderpapieren und von den Inhaberpapieren. Selbstverständlich muß ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegen; was den Schuldner betrifft, so wird bei Inhaberpapieren in dieser Beziehung lediglich der wirtschaftliche Zweck der Ausstellung entscheiden, wobei freilich die Vermutung des § 344 [2] H. G. B. viel mitsprechen wird, bei Wechseln oder Orderpapieren ist für den Aussteller und die Indossanten der Begebungsvertrag, für den Wechsel-Acceptanten wieder der Zweck des Accepts maßgebend. Für den Gläubiger ist die Natur des dem Erwerb zu Grunde liegenden Geschäfts bestimmend. Hier greifen wieder die Vermutungen des § 344 [1] H. G. B. Platz." [2])

---

[1]) ebenso R. G. IX S. 44—50.

[2]) siehe v. Hahn S. 175 f.

C. Voraussetzungen bezüglich der Objekte.

§ 6.

I. Bewegliche Sachen und Wertpapiere.

Nach den Bestimmungen des § 369 H. G. B. kann das Zurückbehaltungsrecht nur geltend gemacht werden an beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners resp. des Gläubigers, die mit Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, sofern er sie noch im Besitze hat, insbesondre mittels Konnossements, Lade- oder Lagerscheins darüber verfügen kann.

Also es müssen bewegliche Sachen oder Wertpapiere sein. Der Begriff der beweglichen Sache schließt die Immobilien vom Zurückbehaltungsrecht aus; dies war früher schon deshalb der Fall, weil sie nicht Gegenstand des Handelsverkehrs sein konnten (Art. 275 des alten H. G. B.), heute ist diese Bestimmung weggefallen. Ausgeschlossen sind ferner Forderungen und andre Rechte, wie Patent-, Urheber und Mitgliedschaftsrechte, sofern sie nicht durch Wertpapiere dargestellt sind — denn es sind eben nicht Sachen im Sinne des § 90 B. G. B. —, ferner Leistungen und Handlungen irgendwelcher Art, zu denen der Gläubiger seinem Schuldner verpflichtet ist, die aber nicht in der Herausgabe beweglicher Sachen und Wertpapiere bestehen, so Rechnungslegung, Leistung eines Wechselaccepts, Abgabe einer Erklärung; [1]) ebenso bewegliche Sachen, aus denen die Befriedigung nicht erfolgen kann oder deren Veräußerung gesetzlich verboten ist; [2]) denn dies Verbot verhindert die Realisierung des Zurückbehaltungsrechts. [3]) Besteht das Verbot nur zum Schutz gewisser Personen, so ist die Retention nur diesen Personen gegenüber unwirksam. (§ 135 B. G. B.) Das Zurückbehaltungsrecht kann auch an Sachgesamtheiten bestehen, so an einem Warenlager, einer Bibliothek, aber nicht an Vermögensinbegriffen wie an Handelsgeschäften mit Aktiven und Passiven. [4]) Möglich ist es auch an Teilen einer Sache,

---

[1]) Dies im Gegensatz zu § 273 B. G. B.

[2]) dagegen macht es nichts aus, daß die Sachen im Verkehr verboten sind wie Kontrebande und unsittliche Gegenstände.

[3]) A. M. Korn S. 35, Thoel S. 125 und Makower 1043.

[4]) Staub S. 1210.

die der Gläubiger in Händen hat, die aber dem Schuldner nur zu einem Teil gehört. [1]) Auch Geld kann reteniert werden, vorausgesetzt, daß es nicht als Summe in Betracht kommt, wofür allerdings im kaufmännischen Verkehr die Vermutung spricht und welche Eigenschaft ihm der Empfänger allein nicht entziehen kann. [2]) Bei einer Summenschuld wie beim depositum irregulare kann weder Eigentum des Schuldners noch Rückübertragung des Eigentums an den Schuldner in Frage kommen. Hier könnte aber Kompensation eintreten.

Was nun die Retention an Wertpapieren betrifft, so sind zunächst alle diejenigen Urkunden, auszuschalten, die nicht unter den Begriff „Wertpapier" fallen. Wertpapier aber ist eine Urkunde über ein Privatrechtsverhältnis, dessen Verwertung durch die Urkunde privatrechtlich bedingt ist, dessen Entstehung, Veränderung und Aufhebung von dem Papiere abhängt. Dazu gehören zunächst die Inhaberpapiere und was den Inhaberpapieren gleichsteht, also der Inhabergrundschuldbrief und wohl auch die Inhabermarken des § 807 B. B. G., Wertpapiere sind ferner die indossablen Orderpapiere, jedoch müssen sie derart beschaffen sein, daß sie dem Gläubiger die Realisierung des darin verbrieften Rechts ermöglichen; sie müssen also entweder auf ihn lauten, an ihn indossiert oder mit Blankoindossament versehen sein. Ausgeschlossen vom Retentionsrecht sind alle Urkunden, die nicht unter den Begriff „Wertpapier" fallen, also die schlichten Beweisurkunden und die Legitimationspapiere. [3]) Zu diesen zählt die Rechtsprechung des Reichsgerichts [4]) jedoch nicht die vinkulierte Namensaktie. „Wenn auch ihre Uebertragung an Einwilligung der Gesellschaft und autentische Form geknüpft sei, so nehme sie doch nicht den Charakter einer bloßen Beweisurkunde an, sondern sei noch immer Trägerin des Aktienrechts. Dasselbe gelte von derartigen Interimsscheinen." [5]) Zählen müssen wir aber dazu Hypotheken-, Grund- und Rentenschuldbriefe, nichtkaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine, Quittungen, Zeugnisse, Vollmachtsurkunden, ferner auch Feuer- und Lebensversicherungspolicen, da die Police nicht als Trägerin

[1]) Goldschmidt S. 1034, Düringer-Hachenburg S. 561. A. M. der rheinische Appellationsgerichtshof in der Entscheidung von 30. XI 1864—Z IX S. 166.

[2]) v. Hahn S. 176, Lehmann-Ring S. 87.

[3]) A. M. Endemann S. 102.

[4]) R. G. 36 S. 38—40.

[5]) A. M. Staub S. 1210.

der Forderung anzusehen ist, sondern nur ergiebt, welche Forderung der Versicherungsgesellschaft gegenüber besteht und wer der Gläubiger ist. [1]) Zwar könnte in allen diesen Fällen das Zurückbehaltungsrecht an der Urkunde als beweglicher Sache bestehen, nur würde der Verkauf der Urkunden zu keinem Resultat führen; denn es fehlt ihnen eben ein selbstständiger realisierbarer Vermögenswert. Hier einzuwenden, [2]) die Verkaufsmöglichkeit des retenierten Gegenstands sei unwesentlich, wenn er nur geeignet ist, einen mittelbaren Zwang auf den Schuldner auszuüben, heißt das Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts vollständig verkennen, es ist eben kein Mittel, den Schuldner zu einer Leistung zu zwingen, sondern ein Befriedigungsrecht. Legitimationsurkunden gewähren außerdem im Konkurse auch kein Absonderungsrecht, vielmehr darf umgekehrt die Auslieferung dieser Papiere dem Konkursverwalter gegenüber nicht verweigert werden. [3])

Von den Wertpapieren muß man auch die Urkunden ausschalten, die in sich, nicht wegen eines darin verbrieften Rechts einen selbstständigen Vermögenswert haben, wie Autogramme und kunstvolle Diplome; diese sind aber dafür als bewegliche Sachen zu betrachten.

Staub [4]) stellt für den Begriff „Sachen und Wertpapiere des Schuldners" noch das Erfordernis auf, daß diese Gegenstände schon in der Hand des Schuldners Vermögenswerte sein müssen. So ist ein eignes Accept, welches der Schuldner als Erfüllung anbietet, kein geeignetes Retentionsobjekt, weil es kein „Wertpapier des Schuldners" ist; darauf würden auch die Worte des Gesetzes nicht recht passen: „wenn das Eigentum an dem Gegenstande — nämlich der verbrieften Forderung — von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist."

§ 7.

II. Eigentum des Schuldners bezw. des Gläubigers.

Diese beweglichen Sachen und Wertpapiere, von denen eben die Rede war, können jedoch nur dann retenierte werden, wenn sie dem Schuldner gehören, ausnahmsweise auch dann,

---

[1]) R. G. I, S. 187.
[2]) Makower 1043.
[3]) R. G. XX S. 135; XXIX S. 301.
[4]) Staub S. 1211.

wenn sie Eigentum des Gläubigers sind. Diese Ausnahme ist eine Neuschöpfung des neuen H. G. B. Doch ist die Retention nicht allgemein an Sachen des Gläubigers gestattet, sondern an die Voraussetzung geknüpft, daß das Eigentum daran von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist. Man muß hier also den Fall ausschalten, daß das Eigentum zwar auf den Schuldner zu übertragen, aber nicht von ihm auf den Gläubiger oder, was dem gleichgestellt ist, von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übergegangen ist. Nicht mitumfaßt sind demnach die Fälle, in denen der Gläubiger verpflichtet ist, dem Schuldner das Eigentum an den Sachen erst zu verschaffen. „Wenn es auch richtig ist, daß die Ausnahme nur deshalb gemacht ist, weil in den betreffenden Fällen der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts auf einem im wesentlichen äußeren Grunde beruht und sachlich nicht gerechtfertigt erscheint, so darf man doch nicht so weit gehen, das Zurückbehaltungsrecht auf alle die Fälle auszudehnen, bei denen die Retention sachlich gerechtfertigt wäre." [1]) Es sollen eben bloß die Fälle hierher gehören, in denen nach der Verkehrsauffassung die Sachen als wirtschaftlich im Eigentum des Schuldners stehend anzusehen sind; so wenn der Käufer die in sein Eigentum übergegangene Ware dem Verkäufer zur Disposition stellt oder wenn der Gläubiger nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung die Sache dem Schuldner zurückzugeben hat, [2]) ferner bei Verkauf auf Wiederkauf oder, wenn Waren oder Wertpapiere zum Zwecke der Sicherung auf den Gläubiger zu Eigentum übertragen und von ihm nach erledigtem Sicherungszweck zurückzuübertragen sind. [3]) Die Retention bezieht sich aber nur auf Speziessachen, handelt es sich um Gattungssachen, so fehlt es an der Möglichkeit der Rückübertragung des Eigentums [4]) z. B. beim Darlehen und beim depositum irregulare. Ob die retenierte Sache sich überhaupt im Eigentum des Gläubigers befindet, darüber entscheiden die Grundsätze des Civilrechts. Gehört die Sache nur zum Teil dem Gläubiger, zum Teil einem Dritten, so ist natürlich das Retentionsrecht an jenem Teil möglich.

---

[1]) Staub S. 1212 gegen Dernburg S. 766.
[2]) Denkschrift S. 212.
[3]) Staub S. 1212.
[4]) Lehmann-Ring S. 89.

Daß die Sache dem Schuldner gehört, ist, wie bemerkt, der Regelfall. Sie soll also Eigentum des Schuldners sein, [1]) soweit dies nicht der Fall ist, kann das Zurückbehaltungsrecht auch nicht ausgeübt werden; es ist selbst dann ausgeschlossen, wenn ein Dritter verpflichtet ist, dem Schuldner das Eigentum zu übertragen, so lange die Uebertragung nicht gemäß § 931 B. G. B. stattgefunden hat. Gehören die Sachen zum eingebrachten oder vorbehaltenen Gut der Frau, so darf der Gläubiger des Ehemanns sie auch dann nicht zurückhalten, wenn die Frau mithaftet, sofern nicht auch ihr gegenüber alle Voraussetzungen des § 369 vorhanden sind. Sachen, die Gesamtgut sind, haften für Schulden des Ehemanns, für Schulden der Ehefrau, wenn der Mann zu dem Handelsgeschäft der Frau seine Zustimmung gegeben hat. [2]) Gehören die Sachen zu dem Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft, so kann der Privatgläubiger eines Gesellschafters daran nicht Retention üben; denn die Gesellschaft ist mit Bezug auf den Gesellschafter als Dritter anzusehen, [3]) und dasselbe gilt von der Gesellschaft des B. G. B. gegenüber einem Gesellschafter. [4])

Wenn das Gesetz das Erfordernis aufstellt, daß die Sachen dem Schuldner gehören müssen, so ist dieses ein striktes Erfordernis, das nicht durch die Vorschriften über den guten Glauben ersetzt werden kann. § 366 H. G. B. mit seinen Regeln über das vertragsmäßige Pfandrecht findet keine Anwendung und könnte sie auch dann nicht finden, wenn man das Zurückbehaltungsrecht als gesetzliches Pfandrecht auffassen würde; denn § 366 spricht nur von den gesetzlichen Pfandrechten des Kommissionärs, Spediteurs, Frachtführers und Lagerhalters, und im bürgerlichen Recht finden richtiger Ansicht nach die Vorschriften des § 1207 auf das gesetzliche Pfandrecht keine Anwendung, da diese Vorschriften einen durch Rechtsgeschäft vermittelten Erwerb voraussetzen. Diese Bestimmungen finden auch keine analoge Anwendung. Wenn daher der Gläubiger Gegenstände in Händen hat, die einem Dritten gehören, und daran sein Zurückbehaltungsrecht ausüben will, so kann der Dritte die Sachen einfach vindizieren, ohne daß sich der Retinent auf seinen guten Glauben berufen

---

[1]) Es genügt nicht, daß der Schuldner rechtlich darüber verfügen kann (A. M. Goldschmidt S. 1035 und Endemann S. 103)

[2]) Düringer-Hachenburg S. 561.

[3]) Lehmann-Ring.

[4]) Makower S. 1044.

könnte. Vielleicht wäre es ganz gerechtfertigt, wenn auch hier die Grundsätze: „Hand wahre Hand" oder „Wo Jemand seinen Glauben gelassen hat, da soll er ihn auch wieder suchen" Anwendung fänden, und die bona fides wie sonst bei diesem Rechtsinstitut auch in dieser Beziehung maßgebend wäre, aber das Gesetz spricht sich nicht dafür aus, und wir müssen ihm folgen. Die Vorschriften über den guten Glauben kommen selbst dann nicht zur Anwendung, wenn der Gläubiger die Sachen durch Veräußerung seitens des Schuldners erlangt hat und deshalb die Grundsätze über den Erwerb des Eigentums durch guten Glauben Platz greifen; [1]) denn das Gesetz verlangt, daß das Eigentum von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen sein soll. Wenn der Gläubiger vielleicht auch bona fides Eigentum erworben hat, so ist dies Eigentum doch beim Schuldner, wie es das Gesetz verlangt, nicht vorhanden gewesen und kann daher auch nicht auf ihn zurückübertragen werden.

Vielfach [2]) wird die Behauptung aufgestellt, daß das Zurückbehaltungsrecht dem Schuldner gegenüber Platz greifen müsse, wenn er eine fremde Sache ausdrücklich für seine eigne erklärt oder den Gläubiger dies anzunehmen bestimmt. Zu dieser verschiedenen Behandlung liegt aber kein Grund vor; denn es ist ganz gleichgültig, ob der Gläubiger ohne Anregung seitens des Schuldners die Sache für eine solche des Schuldners hielt oder ob er zu dieser Annahme durch Arglist des Schuldners veranlaßt wurde. In beiden Fällen liegt ein Irrtum über das Eigentumsverhältnis an der Sache vor und nach der Absicht des Gesetzes soll ein solcher Irrtum den selbst gutgläubigen Gläubiger nicht schützen. Die Arglist des Schuldners hat höchstens einen Einfluß auf die Verteilung der Beweislast; während sonst der Gläubiger, wenn die retenierte Sache von ihm durch einen Dritten herausverlangt wird, beweisen muß, [3]) daß die Sache dem Schuldner gehört, kehrt sich in diesem Fall die Beweislast um: hat der Schuldner eine fremde Sache für seine eigne ausgegeben, so muß er sein Nichteigentum beweisen, wenn er das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers durch Berufung darauf ausschließen will. [4])

---

[1]) A. M. Düringer-Hachenburg S. 568.

[2]) Lehmann-Ring S. 89 Endemann S. 103, v. Hahn 177.

[3]) R. G. III S. 154.

[4]) Korn S. 37.

Das Eigentum des Schuldners muß mindestens in dem Augenblick vorhanden sein, in welchem der Gläubiger sein Zurückbehaltungsrecht ausüben will. Daß es schon vorher vorhanden gewesen sein muß, ist nicht nötig. Erlangt es der Schuldner erst in diesem Augenblick, so entsteht damit auch erst das Zurückbehaltungsrecht. Dagegen ist es gleichgültig, wenn nach Entstehung des Zurückbehaltungsrechts das Eigentum wechselt; der Gläubiger kann dann nämlich dem neuen Eigentümer sein Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen, sofern er nur im Besitz der Sachen geblieben ist.[1]) (§ 369[2]) Im Falle des § 369[1] Satz 2 muß ebenfalls das Eigentum, freilich beim Gläubiger, spätestens im Augenblick der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts vorhanden sein. Ein Eigentumswechsel nach Entstehung des Rechts kommt hier garnicht in Betracht; tritt der Schuldner den Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums an einen Dritten ab, so kann der Gläubiger auch hier dem Dritten sein Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen.

§ 8.

III. Besitz.

Die Retentionsobjekte müssen sich in dem Besitz des Gläubigers befinden, wenn dieser sie zur Retention benutzen will; denn nur was man besitzt, kann man auch zurückhalten. Welcher Art muß dieser Besitz nun sein? Zunächst kommt in Betracht, daß es sowohl Fremd- als auch Eigenbesitz sein kann. Der Besitz braucht ferner kein ausschließlicher zu sein, es wird wie beim Pfandrecht Mitbesitz als genügend angesehen werden können. (§ 1206 B. G. B.) Erforderlich ist lediglich Gewahrsam entsprechend dem heutigen Begriff des Besitzes, der frühere Unterschied zwischen juristischem Besitz und Detention ist heute nicht mehr zu machen [2]). Zu erwägen ist, ob der Besitz unmittelbar oder auch mittelbar sein kann, letzteres ist allgemein zugegeben. Wenn also Jemand die Retentionsobjekte in einem Verhältnis besitzt, vermöge dessen er dem Gläubiger gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so hat der Gläubiger sein Retentionsrecht behalten z. B. wenn

---

[1]) Endemann S. 103 hält den Augenblick des Besitzerwerbes für maßgebend.

[2]) vergl. Laband S. 444.

er die Sachen deponiert hat. Nur darf der Gläubiger nicht den Schuldner zum unmittelbaren Besitzer machen [1]; denn dadurch würde er sein Zurückbehaltungsrecht aufgeben. Doch steht nichts entgegen, daß der Schuldner Besitzdiener des Gläubigers sei [2].

Ein besondrer Fall des mittelbaren Besitzes ist es, wenn der Gläubiger über die Sachen mittels Traditionspapiers wie Konnossemente, Lade- und Lagerscheine verfügen kann. Wenn diese Papiere auf ihn lauten, sei es als Adressaten, sei es als Indossatar (nicht notwendig natürlich bei Blankoindossament), so hat er an den Sachen selbst Besitz und infolgedessen auch Zurückbehaltungsrecht. Lauten die Papiere nicht auf ihn, sondern auf den Schuldner, so kann er auch kein Retentionsrecht an den Sachen erwerben. Wenn das Papier auf den Schuldner lautet, so ist es nicht einmal ein zur Retention geeignetes Wertpapier [3].

Der Gläubiger verliert sein Zurückbehaltungsrecht durch den Verlust des Besitzes; dieser kann freiwillig sein und unfreiwillig. In letzterem Falle steht dem Gläubiger keine Wiedererlangungsklage aus dem Zurückbehaltungsrecht, sondern nur aus Besitz, Kontrakt oder Delikt zu; denn das Zurückbehaltungsrecht ist nur ein persönliches Recht und daher die analoge Anwendung der Vorschriften über die Beeinträchtigung des Eigentums, wie sie bei Nießbrauch und Pfandrecht eingreift, ausgeschlossen.

Gleichgültig ist, wie noch einmal erwähnt sein mag, ob der Besitz vor, gleichzeitig mit oder nach Entstehung der Forderung erlangt ist.

§ 9.

IV. Erwerb des Besitzes.

Dieser Besitz genügt an sich aber zur Retention noch nicht, vielmehr muß noch die Bedingung erfüllt sein, daß er mit Willen des Schuldners und auf Grund von Handelsgeschäften erlangt ist. In der Kommission entschied man sich hauptsächlich hierfür aus dem Grunde, weil nur bezüglich

---

[1] Dernburg S. 766.

[2] Dagegen darf der Gläubiger nicht Besitzdiener des Schuldners sein (siehe oben § 2).

[3] siehe oben § 6.

solcher Gegenstände die Vermutung gerechtfertigt sei, daß man sie auch ohne ausdrückliche Verpfändung als Deckung betrachtet wissen wolle [1]). Abgesehen von der Unrichtigkeit der Annahme eines präsumtiven Verpfändungswillens als Rechtfertigung des Zurückbehaltungsrechts wurde auch schon in der Kommission geltend gemacht [2]), daß diese Beschränkung in manchen Fällen wohl nicht der erkennbaren Absicht der Parteien entspreche: „Wenn z. B. Jemand, der sich auswärts zu etablieren gedenkt, vor seiner Abreise einen Kaufmann zur Erhebung einer ihm etwa zufallenden Erbschaft bevollmächtigt und dann von diesem durch Zusendung von Waren, Einräumung von Kredit und dergl. bei seinem Unternehmen unterstützt wird, dann ist es doch gewiß gerechtfertigt und liegt auch im Sinne und Interesse beider Parteien, wenn der Kaufmann die Erbschaft als eine Art von Sicherheit für seine Forderungen ansehen darf, auch ohne daß ihm dieselbe ausdrücklich verpfändet ist". Man wird also die Beschränkung wohl besser in der Absicht begründet finden, das Rechtsinstitut nur im kaufmännischen Verkehr Platz greifen zu lassen und vor Allem den Schuldner vor Mißbräuchen, Willkür und Chikanen zu schützen.

Also mit Willen des Schuldners sollen die Retentionsobjekte in den Besitz des Gläubigers gelangt sein. Dadurch werden alle die Fälle ausgeschlossen, in denen der Besitz ohne oder gegen den Willen des Schuldners erworben ist wie z. B. durch Eigenmacht und durch die Handlung eines Dritten ohne Zustimmung des Schuldners [3]). Der Schuldner muß den Besitz selbst oder durch einen Stellvertreter übertragen haben oder muß damit einverstanden gewesen sein, daß der Gläubiger die Sache eigenmächtig an sich nimmt oder durch einen Dritten erhält; wenn z. B. A. eine dem B. gehörige Sache dem B. übersendet und sich dabei des Spediteurs C. bedient, so hat C. ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache wegen einer gegen B. gerichteten Forderung, wenn A. von B. zur Zuziehung des C. ermächtigt war. Das Einverständnis kann auch stillschweigend erfolgen, das Reichsgericht [4]) nahm sogar an, daß ein Einverständnis schon dann vorliege, wenn der Schuldner von dem Besitzerwerbungsakt des Gläubigers nichts Genaueres weiß. Ist die Sache aus der Hand eines Dritten in den Besitz des

[1]) Prot. S. 458.
[2]) Prot. S. 460.
[3]) R. O. H. G. 19 S. 372.
[4]) IX, S. 48.

Gläubigers gelangt, so entscheidet das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten darüber, ob der Dritte die Sache zurückfordern kann; kann er dies, so darf ihm der Gläubiger nicht sein Zurückbehaltungsrecht gegen den Schuldner entgegensetzen.

Nicht notwendig ist, daß der Schuldner um den Besitzübertragungsakt oder um die Zeit desselben wußte. In der Kommission wurde die Fassung „mit Willen und Wissen" verworfen, weil man hierin eine zu große Erschwerung sah [1]).

Wenn der Wille des Schuldners schon vorhanden war, so darf er nicht rechtlich nichtig sein. Wenn er anfechtbar, aber nicht angefochten ist, schadet das der Retention nicht. Die Anfechtung erfolgt wegen error, metus und dolus nach den Vorschriften der §§ 119 ff B. G. B.; zu beachten ist, daß der Irrtum nur soweit in Betracht kommt, als er nach § 119 als wesentlich angesehen werden muß.

§ 369 [1] H. G. B. sagt, das Retentionsobjekt muß mit Willen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers *gelangt* sein; man wird diese Vorschrift aber dahin ausdehnen müssen, daß der Wille nicht nur für die Besitzerlangung, sondern auch für die ganze Besitzzeit bis zur Entstehung des Zurückbehaltungsrechts maßgebend sei. Ist das Zurückbehaltungsrecht erst einmal gültig entstanden, was mit der Fälligkeit der Forderung eintritt, dann hat eine Rückforderung des Objekts keinen Einfluß mehr, weil dieses dann schon dem Befriedigungsrecht des Gläubigers unterliegt; solange aber dieser Augenblick noch nicht eingetreten ist, steht einer Rückforderung von Seiten des Schuldners nichts entgegen, sofern er überhaupt dem Gläubiger gegenüber nicht gebunden ist, das Objekt in dessen Händen zu lassen. Wollte man dem Schuldner das Rückforderungsrecht nicht einräumen, so müßte man notwendig zu der Konsequenz gedrängt werden, daß das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers schon vor Fälligkeit der Forderung dem Schuldner gegenüber wirksam wird, eine Konsequenz, die zu ziehen sich wohl Jeder scheuen wird. Wir müssen also ein Fortbestehen des schuldnerischen Willens bis zur Entstehung des Zurückbehaltungsrechts als erforderlich ansehen [2]).

Außer mit Willen des Schuldners muß der Besitz auch auf Grund von Handelsgeschäften erlangt sein. Was Handelsgeschäft ist, darüber schon oben § 5. Wie die Rechtsprechung

---

[1]) Prot. S. 468, 1349.

[2]) v. Hahn S. 177, Lehmann-Ring S. 88 A. M. Goldschmidt S. 1045

des Reichsoberhandelsgerichts [1]) und des Reichsgerichts [2]) entschieden hat, bedeutet hier „auf Grund von Handelsgeschäften" soviel wie „in Veranlassung des Handelsverkehrs der Beteiligten" oder „in Zusammenhang mit einem Handelsgeschäft unter denselben". Ferner hat das Reichsoberhandelsgericht [3]) entschieden, daß das Handelsgeschäft, auf Grund dessen die Sache in den Besitz des Gläubigers gelangt ist, kein beiderseitiges Handelsgeschäft zu sein braucht. Dies geht auch daraus hervor, daß das Gesetz, wenn es die Absicht gehabt hätte, ein beiderseitiges Handelsgeschäft zu verlangen, dieses wie beim Grunde der Forderung besonders hervorgehoben hätte. Es genügt also ein einseitges Handelsgeschäft [4]). Wie die herrschende Meinung annimmt, und wie es aus den Worten des Gesetzes abzuleiten ist, muß aber immer auf Seiten des Gläubigers ein Handelsgeschäft vorliegen. [5]) Dagegen ist es unerheblich, ob zwischen der Besitzaufgabe von Seiten des Schuldners und der Besitzerlangung durch den Gläubiger nicht nur ein Geschäft in der Mitte liegt, sondern deren mehrere; es ist sogar gleichgültig, ob diese Handelsgeschäfte waren, wenn nur der Gläubiger die Sache auf Grund eines Handelsgeschäfts erlangt hat. Der Plural „Handelsgeschäfte" hat nichts zu sagen, er ist nur gewählt, weil das Gesetz ebenso von „Sachen und Wertpapieren" im Plural spricht.

Das Handelsgeschäft, auf Grund dessen der Gläubiger den Besitz erwirbt, kann nicht nur ein Vertrag sein wie z. B. Kauf, wobei die zur Disposition gestellte Ware geeignetes Retentionsobjekt ist, Verpfändung, wobei die Pfandsache nach Erlöschen der Pandhaftung zur Retention benutzt werden kann, Verwahrung, Leihe, Frachtvertrag, Speditionsvertrag u. s. w., sondern es genügt auch ein einseitiger Vertragsantrag wie Uebersendung der Ware als Kaufofferte [6]), auf Probe, auf Besicht.

Ausdrücklich bestimmt § 369 [1], daß die Sache auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gekommen sein muß, also nur gekommen, nicht sich auch noch befinden muß. Wird der Besitz auf Grund dieses Besitzerwerbsgrundes aber unterbrochen, und ist der neue Erwerbsgrund kein Handelsgeschäft für den Gläubiger, so ist Retention ausgeschlossen.

---

[1]) 19 S. 372 f. [2]) 26 S. 58.
[3]) 6 S. 197.
[4]) A. M. Laband S. 492 und Thoel S. 126.
[5]) abweichend Staub S. 1212.
[6]) vergl. R. G. 26 S. 59.

§ 10.

D. Die negativen Voraussetzungen.

Wir haben im Vorhergehenden die positiven Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts dargestellt. Notwendig zu dessen Entstehung waren fällige Forderungen von Kaufmann zu Kaufmann, entstanden aus zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften, und bewegliche Sachen oder Wertpapiere des Schuldners resp. des Gläubigers, welche mit Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gekommen waren und sich noch in dessen Besitz befinden. Liegen diese Erfordernisse vor, so kommt das Recht zur Entstehung und kann zur Befriedigung des Gläubigers führen. An dieser Möglichkeit fehlt es aber, wenn die Ausübung des Rechts gegen die bona fides verstoßen würde, nämlich dann, wenn der Schuldner darauf vertrauen durfte, daß es nicht gegen ihn erwachsen ist. Es hieße den Schuldner einfach dem Ruin zuführen, wollte man dem Gläubiger gestatten, die Dispositionen des Schuldners dadurch nach Willkür zu stören, daß er an dessen Sachen ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, während er für den Schuldner in irgend einer Weise damit verfahren sollte, sei es zur Eingehung, sei es zur Erfüllung von Verbindlichkeiten des Schuldners, sei es zur Deckung von Bedürfnissen desselben u. s. w. Schon das bürgerliche Recht hat in § 273 B. G. B. bestimmt, daß das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden kann, „sofern sich aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse ein Anderes ergiebt". Das H. G. B. enthält die entsprechende Bestimmung für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht in Abs. 3 des § 369: „Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Zurückhaltung der Gegenstände der von dem Schuldner vor oder bei der Uebergabe erteilten Vorschrift oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, widerstreiten würde".

Es hat nun ganz den Anschein, als ob diese negativen Voraussetzungen die positiven beinahe vollständig paralysieren, daß sie das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht seiner praktischen Bedeutung außerhalb der Fälle des § 370 H. G. B. zum größten Teil entkleiden; denn selten wird ein Kaufmann seine

Waren einem ändern zu Besitz übertragen, ohne über deren Schicksal Bestimmungen zu treffen oder wenigstens den mit der Besitzübertragung verbundenen weiteren Zweck in bestimmter Weise zu erklären. Freilich fällt im Augenblick der Unsicherheit des Schuldners die Bedeutung der negativen Bedingungen fort, solange aber die Vermögensverhältnisse des Schuldners noch solide sind, scheint das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers einfach illusorisch. Daher ist es Sache der Interpretation, dem gewöhnlichen Zurückbehaltungsrecht wenigstens eine gewisse Bedeutung zu retten.

Die Versuche hierzu sind mannigfacher Art. Das Bestreben muß darauf gerichtet sein, ein durchgreifendes Kriterium dafür zu finden, wann man das Zurückbehaltungsrecht als ausgeschlossen betrachten muß, um aus dem Gegenteil den Schluß darauf zu ziehen, wann es als bestehend anerkannt werden kann.

Zunächst muß man also die Ansichten ausschalten, welche dieses Kriterium gar nicht suchen, sondern sich damit begnügen, es als Tatfrage zu bezeichnen, wann die das Schicksal der Ware bestimmende Privatdisposition derart ist, daß sie dem Zurückbehaltungsrecht widerspricht [1]), und welche es dem Richter überlassen wollen, die Statthaftigkeit der Retention unter sorgfältiger Berücksichtigung des Handelsgebrauchs und der Erfordernisse von Treu und Glauben im Verkehr zu prüfen [2]).

Von den sich auf richtiger Bahn bewegenden Ansichten ist aber zunächst diejenige Laband's zu verwerfen; er sieht [3]) den innern Grund und die eigentliche Rechtfertigung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts in der Präsumtion einer Einwilligung des Schuldners, daß sich der Gläubiger an seine Ware halten könne, und betrachtet daher das Zurückbehaltungsrecht als ausgeschlossen, wenn diese Präsumtion fortfällt. Da wir den Vordersatz verworfen haben, müssen wir dasselbe auch mit dem Nachsatz tun.

Dagegen läßt sich die Ansicht v. Hahn's [4]) schon eher hören, daß das Zurückbehaltungsrecht dann nicht ausgeübt werden kann, wenn die erste causa detentionis, auf Grund deren der Retinent den Besitz erlangt hat, noch nicht ihr Ende

---

[1]) Lehmann-Ring S. 90.
[2]) Goldschmidt 1047.
[3]) S. 493.
[4]) S. 183.

erreicht hat, so daß eine neue causa für den Besitz noch nicht vorhanden ist. Allein dieses Prinzip ist, wie Goldschmidt [1]) darlegt, nicht durchführbar; denn der Spediteur hat auch die vom Destinatär nicht angenommenen Sachen noch immer ex causa mandati, der Depositar die vom dritten Assignatar nicht angenommenen Sachen noch immer ex causa depositi, der Käufer die zur Disposition gestellten Waren noch immer ex causa emti.

Es wird auch nicht recht angehen, anzunehmen, es solle das Zurückbehaltungsrecht dann ausgeschlossen sein, wenn die Absicht der Parteien erkennbar auf dessen Ausschluß gerichtet war [2]), weil die Parteien selbst als gewiegte Kaufleute bei ihren Dispositionen nicht gerade an das Retentionsrecht und dessen Ausschluß denken werden.

Cosack [3]) will dann das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen sehen, wenn der Schuldner sich demselben nicht stillschweigend unterwerfen, wenn er dem Gläubiger nicht Sicherheit verschaffen wollte; doch ist es im Gesetze nicht begründet, das Zurückbehaltungsrecht in so weitem Maße als ausgeschlossen zu betrachten [4]).

Im Gegensatz zu Cosack sucht Makower [5]) dem Zurückbehaltungsrecht einen sehr weiten Umfang zu geben. Die Begründung seiner Ansicht ist willkürlich und führt zu den ungerechtesten Konsequenzen. Er sagt: Die Worte „in bestimmter Weise mit dem Gegenstande zu verfahren" sind im Sinne von „in andrer Weise als der ohne Anweisung bezw. Verpflichtung selbstverständlichen" auszulegen und selbstverständlich sei die Herausgabe an den Schuldner. Es ist nicht recht einzusehen, warum „in bestimmter Weise" gerade soviel, wie „in andrer als selbstverständlicher Weise" heißen soll; denn es steht nichts entgegen, daß etwas Selbstverständliches noch besonders vereinbart wird. Also selbst wenn die Rückgabe an den Schuldner ausdrücklich vereinbart ist, soll nach Makower dennoch die Zurückbehaltung möglich sein. Das wäre sicher der gröbste Verstoß gegen Treu und Glauben, und damit dehnt Makower auch das Gebiet des § 369 auf dasjenige des § 370

---

[1]) S. 1047.

[2]) Makower Auflage 1875 S. 273, Endemann S. 106, R. O. H. G. 19 S. 374.

[3]) S. 157.

[4]) Ebenso Staub S. 1217 und Dernburg S. 766.

[5]) S. 1059.

aus, weil er das gewöhnliche Zurückbehaltungsrecht selbst gegen einen besonderen, die Rückgabepflicht statuierenden, Vertrag wirken läßt.

Eine Einschränkung in der Anwendbarkeit des gewöhnlichen Zurückbehaltungsrechts nimmt wieder Staub [1]) vor. Er führt Folgendes aus: In jeder Besitzerlangung nach Abs. 1 § 369 liege schon die Anweisung und Verpflichtung, die Sachen nach erledigtem eignen Besitzrecht an den Eigentümer oder auf seine Anweisung an einen Andern herauszugeben. Daraus folge, daß Abs. 3 diese in dem jedesmaligen Obligationsverhältnis implicite liegende Anweisung und Verpflichtung zur Herausgabe nicht im Auge haben könne, sondern etwas Anderes zum Gegenstande haben müsse. Sonst würde ja das Retentionsrecht des Abs. 1 durch Abs. 3 paralysiert und niemals Platz greifen. Solle Abs. 3 Sinn und Inhalt haben, so könne er nur dahin verstanden werden, daß das Zurückbehaltungsrecht dann nicht Platz greife, wenn nicht bloß die aus der Natur des die Besitzerlangung begleitenden obligatorischen Verhältnisses selbst sich ergebende Rückgabepflicht bestehe, sondern wenn außerdem und ad hoc noch besonders vorgeschrieben oder vereinbart sei, in bestimmter d. h. in einer vom Schuldner oder von beiden Parteien bestimmten Weise mit der Sache zu verfahren. — Es ist also zur Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts eine besondre ausdrückliche Vorschrift oder Abmachung erforderlich, es genügt nicht, daß nach dem naturalen Inhalt des Vertrages oder Vertragsantrages, auf Grund dessen der Besitz erlangt ist, die Gegenstände schließlich dem Schuldner zurückzuliefern sein würden. [2]) Das Erfordernis einer besondern vom obligatorischen Vertrag getrennten Abmachung bildet das richtige Mittel, dem Abs. 3 des § 369 keine zu große Ausdehnung einzuräumen, zugleich vemeidet es aber die unerträglichen Konsequenzen der Makower'schen Theorie.

Zunächst sei der Inhalt des Abs. 3 noch näher erläutert, bevor von dem eben gewonnenen Standpunkt aus einige Einzelfragen über den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts beantwortet werden.

Das Gesetz hält zwei Fälle auseinander, I. die Anweisung des Schuldners und II. die Verpflichtung des Gläubigers. „Beide Fälle haben im Grunde genommen aber denselben Inhalt,

---

[1]) S. 1217.

[2]) ebenso R.G. in der Entscheidung vom 8. X. 1900. (I. W. 1900 Seite 756.)

in beiden ist eine Verpflichtung des Gläubigers enthalten; denn wenn der Gläubiger die Gegenstände unter einer ihm erteilten Vorschrift annimmt, so kann man ihm das Recht nicht zugestehen, dieselben wegen seiner Forderung zu retenieren, wenn er auch nicht ausdrücklich die Verpflichtung übernommm hat, der erteilten Weisung nachzukommen. In der Annahme der Gegenstände liegt eben eine stillschweigende Uebernahme dieser Verpflichtung. Wollte der Gläubiger die Güter zwar nehmen, die Verpflichtung aber einseitig ablehnen, so wäre das eine Verletzung der bona fides. Wenn trotzdem das Gesetz ausdrücklich von einer Verpflichtung und außerdem noch von einer Anweisung spricht, so ist das nur geschehen, um dem Paragraphen einen konkreteren Inhalt zu geben und ihn so dem allgemeinen Verständnisse leichter zugänglich zu machen. Jedenfalls sind damit keineswegs zwei einander gegenüberstehende Alternativen gegeben."

Im einzelnen ist Folgendes zu bemerken: Nach der Vorschrift des Gesetzes muß die Anweisung des Schuldners vor oder bei der Uebergabe der Gegenstände erteilt sein; ist die Anweisung, die sich übrigens stets auf bestimmte bewegliche Sachen oder bestimmte Wertpapiere beziehen muß, erlassen, so kann sich der Gläubiger derselben später nicht dadurch entziehen, daß er stillschweigend oder ausdrücklich dagegen protestiert. Widerspricht er sofort, so wird es meistens nicht zur Uebergabe der Gegenstände an ihn kommen; widerspricht er nicht sofort, so unterwirft er sich dadurch der Anweisung des Schuldners. [1])

Das Gesetz spricht nur davon, daß die Anweisung des Schuldners vor oder bei der Uebergabe erteilt sein muß; daß sie auch vorher erteilt werden kann, hielt man deshalb hervorzuheben für nötig, damit der Paragraph nicht dahin mißverstanden werde, die fragliche Weisung müsse im Augenblick der Ablieferung gegeben sein. Jedenfalls wird sie, wenn sie vorher erteilt wird, immer mit der Uebergabe der Güter in Zusammenhang stehen müssen.

Es muß aber nicht nur genügen, daß die Anweisung vor oder bei der Uebergabe, sondern auch daß sie nach derselben erteilt ist, sofern nur das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers noch nicht zur Entstehung gelangt ist. Solange dies noch nicht der Fall ist, kann der Gläubiger dem Schuldner nicht das Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen und so lange untersteht die

[1]) v. Hahn S. 184.

Sache dem Dispositionsrecht des Schuldners.[1]) Ist aber das Zurückbehaltungsrecht dem Gläubiger schon gültig entstanden, so kann es der Schuldner nicht mehr einseitig abändern, sondern nur unter Zustimmung des Gläubigers durch einen Vertrag, in dem sich der Verzicht des Gläubigers darauf ausspricht; dies läßt auch der Wortlaut des Abs. 3 erkennen.

Was nun den Inhalt der Verpflichtung des Gläubigers betrifft, so heißt es, der Gläubiger solle in bestimmter Weise mit dem Gegenstand verfahren. Wie verfahren werden soll, richtet sich nach dem zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäft; danach kann der Gläubiger verpflichtet sein, die Ware zu verkaufen, zu verpfänden, zu versenden, zu transportieren, sie zur Verfügung des Schuldners oder eines Dritten zu halten oder sie dem Schuldner zurückzugeben. Immer muß es eine besondre Vorschrift oder Bestimmung sein, welche die Rückgabe oder Auslieferungspflicht statuiert, es genügt nicht, daß der Gläubiger verpflichtet ist, die Sache gemäß der Natur des ihre Besitzerlangung begleitenden obligatorischen Verhältnisses schließlich dem Schuldner herauszugeben: Beim Kauf auf Probe z. B. hat der Gläubiger zwar die gesetzliche Pflicht, die ihm nicht zusagende Ware zurückzugeben, aber wenn diese Verpflichtung ihm nicht ausdrücklich auferlegt ist, steht seinem Zurückbehaltungsrecht an den betreffenden Waren nichts entgegen.[2]) Erhält der Käufer von seinem Verkäufer Waren übersandt, die er aber nicht billigt und stellt er diese daher zur Verfügung, so kann er daran das Zurückbehaltungsrecht ausüben, es sei denn, daß ihm der Befehl ward, die nicht acceptierte Ware sofort zurückzusenden oder an einen Andern weiter zu befördern. Dasselbe gilt von Wechseln, die als Zahlung angeboten werden, ferner von unbestellt übersandten Waren.[3]) Deponierte Waren können reteniert werden, sofern sie nicht nach Beendigung der Deponierungszeit an den Schuldner oder einen Dritten nach ausdrücklicher Vorschrift herausgegeben werden sollen, ferner zur Reparatur oder Bearbeitung überlassene Gegenstände unter derselben Bedingung. Soll der Gläubiger eine Sache verkaufen, so kann er sie retenieren, wenn der Verkaufsauftrag zurückgenommen und nicht sogleich über das Schicksal der Ware verfügt ist. Verpfändete Sachen können nach Beendigung der Pfandhaftung zurückbehalten werden.

[1]) A. M. Goldschmidt S. 1045, Staub S. 1216, Makower S. 1057.

[2]) So Staub S. 1217, A. M. v. Hahn S. 184, Goldschmidt S. 1046, Lehmann-Ring S. 90.

[3]) Staub 1218.

Wenn es auch nicht zu viele Fälle sind, in denen das Zurückbehaltungsrecht bei normaler Vermögenslage des Schuldners Platz greift, so sind es doch immer noch so viele, daß man dem gewöhnlichen Zurückbehaltungsrecht eine einigermaßen große Bedeutung noch beimessen kann. Freilich wird der vernünftige Kaufmann es nicht oft ausüben, weil er dadurch seinen Schuldner kränkt und schädigt; denn so lange der Schuldner noch zahlen kann, werden sich etwaige Differenzen leichter auf anderm Wege beilegen lassen. Nicht so bei Unsicherheit des Schuldners.

Abschnitt 2.

Voraussetzungen bei anormaler Vermögenslage des Schuldners.

§ 11.

Das Notzurückbehaltungsrecht.

Zwei Hauptbeschränkungen sind es, welche bei normaler Vermögenslage des Schuldners die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts hindern, einmal das Erfordernis der Fälligkeit der Forderung und dann die ebenbesprochene den Gläubiger bindende Anweisung resp. Verpflichtung, in bestimmter Weise mit den Gegenständen zu verfahren. Das Zurückbehaltungsrecht soll eben in soweit nicht Platz greifen, als es den Gläubiger zur Willkür verleiten, dem Schuldner zum Schaden gereichen würde. Doch muß das Interesse des Schuldners dann vollständig in den Hintergrund treten, wenn die Sicherheit des Gläubigers es erfordert. Solange der Schuldner noch zahlen kann, so lange er noch kreditwürdig ist und Kredit erhält, liegt kein Grund vor, Zwangsmittel gegen ihn anzuwenden; sobald aber die Befriedigung des Gläubigers gefährdet ist, wäre es ein Unrecht, wollte man dem Gläubiger das Mittel zu seiner Befriedigung, das er in Händen hat, entziehen, und ihn z. B. im Konkurse in gleiche Reihe mit den übrigen Konkursgläubigern stellen, wodurch er nicht nur auf prozentuale Befriedigung angewiesen wäre, sondern auch seiner Ansprüche auf einen Teil seiner Zinsen verlustig gehen würde (§ 63 K. O.), wollte man verlangen, daß die Forderung,

die entstanden ist oft im Vertrauen auf die sichere Deckung, fällig werde, daß die Verpflichtung, die im Konkurse vielleicht jeden Wert verliert, erfüllt werde.

Diese Erwägungen führen dazu, das Zurückbehaltungsrecht nicht in dem Augenblick, in welchem es gerade von größter Bedeutung ist, nämlich bei Unsicherheit des Schuldners, versagen zu lassen, sondern es im Gegenteil zu begünstigen. Die Begünstigung besteht einmal darin, daß die Forderung nicht fällig [1]) zu sein braucht — motiviert wurde dies durch die Analogie mit dem Kompensationsrecht, das im Konkurse auch wegen nicht fälliger Forderungen Platz greifen könne (§ 54 K. O.) — und ferner in der Wirkung des Zurückbehaltungsrechts trotz der besondern Anweisung oder Verpflichtung. § 370 H. G. B. Dadurch wird dem Kaufmann das wiedergegeben, was ihm durch § 369 Abs. 3 genommen war. Die Anweisung des Schuldners oder die Übernahme der Verpflichtung steht also hier der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nicht entgegen; doch muß auch hier noch eine billige Bedingung erfüllt sein: die Tatsachen, welche die Unsicherheit des Schuldners dokumentieren, dürfen dem Gläubiger nicht vor der Anweisung oder der Uebernahme der Verpflichtung bekannt gewesen sein. Und dies ist ganz gerechtfertigt; denn verpflichtete er sich erst nach Kenntnis hiervon, so gab er damit zu erkennen, daß er sein Zurückbehaltungsrecht nicht an den Retentionsobjekten geltend machen wolle, daß er darauf verzichte. Liegt aber ein solcher Verzicht nicht vor, so kann das Zurückbehaltungsrecht sogar an solchen Sachen geltend gemacht werden, welche erst nach der Zahlungseinstellung in den Besitz des Gläubigers gelangt sind. [2])

Die Begünstigung des Zurückbehaltungsrechts tritt dann ein, wenn der Schuldner unsicher geworden ist, die Befriedigung des Gläubigers unwahrscheinlich erscheint. Der erste Entwurf hatte tatsächlich den Ausdruck „unwahrscheinliche Befriedigung". Hiergegen wurde aber eingewandt, es widerspreche der bona

---

[1]) Ist die Forderung erst nach der Unsicherheit des Schuldners und nach Kenntnis des Gläubigers hiervon entstanden, so finden diese Regeln natürlich keine Anwendung; denn sie sind offenbar nur für schon vorher entstandene Forderungen gegeben (ebenso Goldschmidt, dagegen Thoel S. 123.) Dagegen kommen sie in Anwendung, wenn zwischen dem Eintritt eines Unsicherheitssymptoms und dem ihm etwa folgenden neuen eine Forderung entsteht, weil das neue Symptom auch neue Wirkungen hervorruft, unabhängig von dem ersten. (Puchelt S. 151.)

[2]) R. G. 12 S. 91.

fides, wenn es dem Ermessen des Gläubigers anheim gestellt werde, ob er sich für gefährdet halten wolle oder nicht; es sei deshalb gefährlich und geeignet, den Schuldner durch unzeitige Retention in Konkurs zu bringen. [1]) Infolgedessen spezialisierte man diese Unsicherheit. Die Momente, die man als Erkennungszeichen hierfür aufstellte, sind: 1) Konkurseröffnung, 2) Zahlungseinstellung und 3) erfolglose Zwangsvollstreckung.

Da der Nachweis dieser Momente zur Ausübung des Notzurückbehaltungsrechts genügt, schadet die trotzdem vorhandene Sicherheit und Zahlungsfähigkeit des Schuldners dem Gläubiger nicht, während ihm andrerseits der Nachweis der Unsicherheit durch andre als die eben genannten Merkmale nicht zur Ausübung des Notzurückbehaltungsrechts verhelfen kann. Steht dem Schuldner z. B. mit Wahrscheinlichkeit die Konkurseröffnung bevor, ist sie aber noch nicht erfolgt, so muß trotzdem der Gläubiger seinen früher übernommenen Verpflichtungen nachkommen. [2]) Mit andern Worten: Die Vorschriften über die Voraussetzungen dieses Notrechts sind streng auszulegen.

Was die Konkurseröffnung ist, und wann sie eintritt, bestimmt die Konkursordnung in den § 102 ff.; der Konkurseröffnung wird man die Wiederaufnahme eines durch Zwangsvergleich geschlossenen Verfahrens gleich zu stellen haben. Konkurseröffnung setzt Zahlungsunfähigkeit [3]) voraus, das ist die im allgemeinen vorliegende Unfähigkeit, die Mittel zur Bezahlung fälliger Geldschulden herbeizuschaffen, unabhängig davon, ob sich der Gemeinschuldner im Zustande wirklicher Ueberschuldung befindet. [4]) Zahlungsunfähigkeit ist anzunehmen bei erfolgter Zahlungseinstellung, diese hinwiederum ist die erkennbar gewordene Tatsache der Nichterfüllung fälliger Geldschulden wegen eines nicht nur vorübergehenden Mangels an Zahlungsmitteln. Damit ist auch zugleich das zweite Merkmal der Unsicherheit des Schuldners charakterisiert. Das dritte liegt dann vor, wenn eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu keiner oder keiner vollständigen Befriedigung des betreibenden Gläubigers geführt hat.

---

[1]) Prot. S. 1353.

[2]) R. G. III, S. 113—115.

[3]) bei Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften, bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung und bei aufgelösten Genossenschaften genügt Ueberschuldung.

[4]) R. G. 22 S. 47.

Kapitel III.

Inhalt und Ausübung des Zurückbehaltungsrechts.

§ 12.

A. Allgemeines.

Das vorhergehende Kapitel behandelte die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts sowohl die positiven, von deren Vorhandensein, als auch die negativen, von deren Nichtvorhandensein die Entstehung des Rechts abhängt, sowohl diejenigen bei normaler als die bei anormaler Vermögenslage des Schuldners. Sind die Voraussetzungen für die Entstehung des Rechts gegeben, so hat der Gläubiger die Befugnis, sich aus den zurückbehaltenen Gegenständen für seine Forderung zu befriedigen (§ 371 H. G. B.), ein Recht, das, wenn es erst einmal gültig entstanden ist, ihm vom Schuldner nicht mehr einseitig entzogen werden kann — außer durch Tilgung der Schuld oder durch Sicherheitsleistung. Es ist dies diejenige Befugnis des Gläubigers, welche das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht von dem bürgerlichen vorzugsweise unterscheidet; denn während sich dieses darauf beschränkt, dem Gläubiger ein Leistungsverweigerungsrecht zu gewähren, hat hier der Gläubiger die Möglichkeit, sich aus den Retentionsobjekten ähnlich dem Pfandgläubiger bezahlt zu machen und im Konkurse abgesonderte Befriedigung zu verlangen.

Doch ist er nicht gerade gezwungen, mit den zurückbehaltenen Gegenständen also zu verfahren und kann auch vom Schuldner nicht hierzu gezwungen werden, vielmehr kann er sich zunächst darauf beschränken, die Sachen vorläufig im Besitz zu behalten und abzuwarten, bis der Schuldner ihn befriedigt. Hierdurch übt er auf den Schuldner einen gewissen Druck aus gleichwie der Retinent im bürgerlichen Recht, kommt es aber zur Klage auf Herausgabe, dann kann er nicht wie dieser verlangen, auf Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung verurteilt zu werden, sondern nur Ab-

weisung des Schuldners beantragen, [1]) wobei es ihm allerdings frei steht, seinerseits Widerklage auf die Gestattung der Befriedigung zu erheben. Solange er nun die Sachen im Besitz hat und sie dem Herausfordernden vorenthält, erwachsen ihm aus diesem Verhältnis gewisse Pflichten. Der Umfang dieser Pflichten wird sich, solange er die Sache auf Grund des ursprünglichen obligatorischen Verhältnisses innehat, nach den diesbezüglichen Vorschriften richten, wenn aber die erste causa detentionis ihr Ende erreicht hat, bestimmt sich das Verhältnis entsprechend denjenigen zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder: der Retinent hat also die Sache aufzubewahren und haftet dabei für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Als Kaufmann hat er auch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu beobachten; so wird er namentlich verpflichtet sein, Wechsel zu präsentieren und zu protestieren, den Vormann bei Notleiden des Wechsels zu benachrichtigen, Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine rechtzeitig einzufordern und rechtzeitig zur Zahlung vorzulegen. [2]) Diese Pflichten werden ihn in analoger Weise auch dann treffen, wenn er Eigentümer der Retentionsobjekte ist. Wenn den Gläubiger ein Verschulden trifft, so hat das natürlich nicht zur Folge, daß er sein Zurückbehaltungsrecht verliert, vielmehr ist er nur zum Schadensersatz verpflichtet.

Den Zufall, der die Sache trifft, trägt nach dem Grundsatze, „casum sentit dominus“ der Schuldner, es sei denn, daß der Gläubiger für die Folgen des Zufalls haftet, sei es als Geschäftsführer wider Auftrag (§ 678 B. G. B.) [3]), sei es als im Verzuge der Herausgabe befindlich. (§ 287 B. G. B.) (Die Haftung für Zufall bei Sachen, die durch eine unerlaubte Handlung erlangt sind, kommt nicht in Betracht, weil bei derartigen Sachen das Zurückbehaltungsrecht gar nicht entstehen kann.) Ist der Gläubiger Eigentümer der retenierten Sachen, so wird trotzdem der Schuldner den Zufall zu tragen haben, weil der Gläubiger in diesen Fällen ja nur formell Eigentümer ist, während die Sache ökonomisch dem Schuldner

---

[1]) vergl. § 986[1] B. G. B. A. M. Makower S. 1037, der überhaupt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht als ein nur mit einigen weiteren Wirkungen ausgestattetes bürgerliches Zurückbehaltungsrecht betrachtet und demnach die Regeln des B. G. B. darauf, soweit als möglich, angewandt wissen will. Verführt wird er dazu lediglich durch den gleichen Namen beider Rechte und übersieht so den besondern Charakter des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

[2]) Korn S. 74.

[3]) vergl. Z. IX. S. 175.

zusteht. Diese Behauptung findet ihre Stütze auch im Gesetz: wenn der Gläubiger Waren des Schuldners diesem zur Disposition stellt, so heißt das weiter nichts, als daß er Wandlung verlangt; auf die Wandlung finden die Vorschriften über den Rücktritt Anwendung, und § 350 B. G. B. bestimmt, daß der Rücktritt nicht durch den zufälligen Untergang der Sache ausgeschlossen wird; folglich trägt, auf unser Zurückbehaltungsrecht angewandt, der Schuldner den Zufall. Dasselbe gilt bei der ungerechtfertigten Bereicherung, hier ist der Bereicherte, in unserm Fall der Gläubiger, nur soweit zur Herausgabe verpflichtet, als er noch bereichert ist; geht die Sache durch Zufall unter, so ist er nicht mehr bereichert, folglich auch nicht zur Herausgabe verpflichtet, und den Schaden hat wieder der Schuldner. Bei Verkauf auf Wiederkauf hat auch der Schuldner den Schaden zu tragen, der durch Zufall an der Sache entsteht; dies bestimmt § 498 [2] B. G. B. ausdrücklich. Wenn Waren oder Wertpapiere zum Zwecke der Sicherung auf den Gläubiger zu Eigentum übertragen sind und nach erledigtem Sicherungszweck zurückzuübertragen sind, so ist eine Haftung des Schuldners ganz gerechtfertigt, da es sich in Wahrheit um eine Verpfändung handelt, und da der Gläubiger die Form der Verpfändung sicher gewählt hätte, wenn ihn die Folgen eines Zufalls treffen sollten.

§ 13.

B. Umfang des Zurückbehaltungsrecht.

Das Zurückbehaltungsrecht gewährt dem Gläubiger die Befugnis, sich aus den zurückbehaltenen Gegenständen für seine Forderung zu befriedigen. Die Höhe dieser Forderung, die übrigens der auf Herausgabe des Objekts beklagte Gläubiger nachweisen muß [1]), wird sich zunächst nach dem ihrer Entstehung zu Grunde liegenden beiderseitigen Handelsgeschäft richten; hinzukommen werden aber die vereinbarten Vertragsstrafen und die vereinbarten, in deren Ermangelung die gesetzlichen Zinsen, welche hier 5% betragen und schon vom Tage der Fälligkeit an laufen, nicht erst vom Verzuge des Schuldners an. [2]) Bei Verwendungen auf das Retentionsobjekt regelt

---

[1]) R. O. H. G. XV. S. 100.

[2]) § 353 H. G. B.

sich der Ersatzanspruch des Gläubigers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag [1]). Gegenstand der gläubigerischen Forderung werden auch die Kosten der Rechtsverfolgung und des Verkaufs der retentierten Gegenstände sein. [2])

Während so das Zurückbehaltungsrecht in Beziehung auf den Umfang der Forderung mit dem Pfandrecht übereinstimmt, ist dies nicht der Fall, soweit es sich um den Umfang des Rechts hinsichtlich der im Besitz des Gläubigers befindlichen Sachen handelt. Es gilt hier nämlich nicht der dem Pfandrecht eigentümliche gemeinrechtliche Grundsatz: pignoris causa est indivisa; der Gläubiger darf also das Zurückbehaltungsrecht nur insoweit an den retenierten Gegenständen geltend machen, als deren Wert der Höhe seiner Forderung entspricht. Wenn dieser Satz im Gesetz auch nicht besonders ausgesprochen ist, so hat er doch allgemeine [3]) Anerkennung gefunden und folgt auch aus der Natur des Zurückbehaltungsrechts: das Zurückbehaltungsrecht stellt sich nur als ein Befriedigungsmittel dar und nicht als ein Mittel, den Gegner zu einer Leistung zu zwingen. Sollte sich nun die Retention auf alle Gegenstände erstrecken, die sich in der Hand des Gläubigers befinden, so würde sie dadurch ihren Charakter verleugnen, indem sie über ihren Zweck hinausginge und dem Gläubiger ein Mittel an die Hand gäbe, den Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu nötigen. [4])

Als Vorbild der Retention wird immer die Kompensation hingestellt; wenn man dies anerkennt, muß man die Grundsätze dieser auf jene anwenden und kommt auch damit zu dem oben aufgestellten Satz von dem beschränkten Umfang der Retention; denn wie bei der Kompensation nur soviel von der Gegenforderung kompensiert werden kann, als zur Ausgleichung mit der Forderung nötig ist, so darf auch bei der Retention nur soviel reteniert werden, als zur Deckung der Forderung erforderlich ist. Soweit reicht auch nur die exceptio doli. [5])

Die Befriedigung des Gläubigers erfolgt nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des B. G. B.; § 1230

---

[1]) vergl. § 1216 B. G. B.

[2]) vergl. § 1210 B. G. B.

[3]) A. M. Makower S. 1043 und wohl auch Thoel, der das Zurückbehaltungsrecht als ein Mittel auffaßt, den Schuldner zur Zahlung zu nötigen (S. 132.)

[4]) R. O. H. G. II. S. 383, XII. S. 254.

[5]) Goldschmidt S. 987.

bestimmt hier, daß der Gläubiger nur soviel Pfänder zum Verkauf bringen darf, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind (und entsprechend § 1282 über Einziehung einer verpfändeten Geldforderung), daher darf auch der Retinent nicht weiter gehen. Während aber der Pfandgläubiger alle ihm verpfändeten Sachen im Gewahrsam behalten darf, wird dasselbe nicht vom Retinenten gelten, da die Regeln über das Pfandrecht nur auf die Befriedigung aus den Retentionsobjekten Anwendung finden und nicht auf die Zurückhaltung.

Ferner: Abs. 4 des § 369 H. G. B. bestimmt, daß der Schuldner die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden kann; diese Sicherheit wird natürlich nur in Beziehung zur Forderung und nicht zum Wert der retenierten Sachen treten. Wenn also die Sicherheit die Höhe der Forderung nicht zu übersteigen braucht, wird dasselbe auch vom Werte der Objekte gelten müssen, und es ist daher nur billig, wenn der Gläubiger die für ihn überflüssigen Gegenstände herausgeben muß. Ist demnach der Gläubiger durch irgend eine Sicherheit (außer durch Bürgen) für den ganzen Betrag seiner Forderung geschützt, so ist das Zurückbehaltungsrecht überhaupt ausgeschlossen [1]).

Von einer teilweisen Rückgabe der Retentionsobjekte kann man nur dann sprechen, wenn diese Objekte teilbar sind; ist also nur ein unteilbares Objekt vorhanden, so darf dessen Herausgabe auch bei einer noch so geringen Forderung nicht verlangt werden. Bei Taxierung des Wertes einer retenierten Sache wird natürlich nicht deren gemeiner Wert oder Handelswert anzusetzen sein, sondern ein Wert, der sich voraussichtlich bei einer eventuellen Versteigerung ergeben wird.

Das alte Handelsgesetzbuch sprach von einem „Zurückbehaltungrecht an allen beweglichen Sachen und Wertpapieren" und konnte durch diese Fassung Anlaß zur Annahme geben, daß auch beim Retentionsrecht die causa indivisa sei. Hiergegen sprach sich freilich auch schon das Reichsoberhandelsgericht [2]) aus, indem es das „alle" auf die Qualität und nicht auf die Quantität bezog, es sollte soviel wie Sachen jeder Art bedeuten. Heute hat das Gesetz selbst das Wort „alle" aus seinem Text ausgeschaltet und giebt daher für eine entgegengesetzte Ansicht keine Stütze mehr.

---

[1]) Lehmann-Ring S. 90.

[2]) R. O. H. G. II, 383.

§ 14.

C. Sicherheitsleistung.

Wie wir oben gesehen haben, ist der Gläubiger verpflichtet, Retentionsobjekte insoweit herauszugeben, als sie zu seiner Befriedigung nicht erforderlich sind; alle in seinem Besitz befindlichen Retentionsobjekte muß er nun aber herausgeben, wenn der Schuldner ihm für seine Forderung Sicherheit leistet. Die Möglichkeit durch Sicherheitsleistung seine Güter von dem Befriedigungsrecht des Gläubigers zu lösen, ist dem Schuldner gegeben, um ihn gegen die Härten, die das Zurückbehaltungsrecht immer für ihn enthält, wenigstens einigermaßen zu schützen. Hat er dem Gläubiger irgend welche Güter überlassen, ohne ihm über deren Schicksal nähere Anweisungen gegeben zu haben, und ist an diesen das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers entstanden, vielleicht in einem Augenblick, in dem der Schuldner dem Gläubiger den Auftrag übersandte, in bestimmter Weise damit zu verfahren, z. B. Wertpapiere bei fallendem Kurs zu verkaufen oder lagernde Waren an einen Kunden abzusenden, so würde durch die Ausübung der Retention dem Schuldner ein großer Schaden entstehen, ohne daß er vom Gläubiger hierfür einen Ersatz verlangen könnte. Deshalb ist es nur recht und billig, wenn er die Gegenstände, die in seiner Hand einen großen, in des Gläubigers Hand immer einen geringeren Wert haben, gegen andere Gegenstände, welche er augenblicklich besser entbehren kann, einzutauschen vermag. Die Retentionsobjekte kommen für den Gläubiger ja auch nicht als Sachindividuen in Betracht[1]), sondern nur als Wertobjekte, aus denen er seine Befriedigung erlangen kann. Es kann daher für ihn ganz gleichgültig sein, wenn der eine Wert ihm durch einen andern Wert ersetzt wird, sofern letzterer nur dem ersteren äquivalent ist und ihm hieraus kein Nachteil erwächst.

Der Schuldner wird das Bestreben, die Retentionsobjekte zu lösen, natürlich dann haben, wenn für ihn ein besonderes Interesse obwaltet, über sein Eigen frei verfügen zu können, aber selbst dann, wenn kein besonderer Grund vorliegt, darf

---

[1]) Korn S. 83.

ihm sein Recht nicht vorenthalten werden, es ist ihm eben gegeben ohne jegliche Voraussetzung in seiner oder des Gläubigers Person und ohne Rücksicht auf Nützlichkeit oder Notwendigkeit.

Heute regelt § 369[4] dieses Recht des Schuldners, und die Fassung dieser Norm läßt heute keinen Zweifel mehr darüber, daß die Befugnis des Schuldners, seine Güter zu lösen, sich nicht nur auf den Verkauf, sondern auch auf die bloße Zurückbehaltung bezieht. Die frühere Fassung in Art. 315 gab zu Zweifeln in dieser Beziehung Anlaß.

Wie schon erwähnt, muß die angebotene Sicherheit derart sein, daß sie dem Gläubiger vollen Ersatz für die retentierten Gegenstände giebt; es darf ihm vor allen Dingen nicht weniger geboten und die Rechtsverfolgung nicht erschwert werden. Ueber die Höhe dieser Sicherheit ist zunächst Folgendes zu bemerken: ihr Zweck besteht darin, die Forderung des Gläubigers zu fundieren, daher wird man notwendigerweise verlangen müssen, daß ihr Wert die Höhe der Forderung erreicht d. h. daß im Falle ihrer Veräußerung der Gläubiger durch den Erlös voll befriedigt wird. Ist der Wert der retentierten Gegenstände höher als die Forderung, so wird die Sicherheit diesen Mehrwert nicht mitzuumfassen brauchen, da der Gläubiger die diesen Mehrwert enthaltenden Sachen herausgeben muß (siehe § 13). Anderseits kann es vorkommen, daß der Sachwert hinter der Forderung zurücksteht; dann ist der Schuldner natürlich nicht gezwungen, darüber hinaus dem Gläubiger Sicherheit zu bestellen; denn die Sicherheit soll bloß ein Ersatz für das Retentionsobjekt sein und den Gläubiger nicht besser stellen, als er bei Ausübung des Zurückbehaltungsrechts stehen würde.

Ueber die Angemessenheit hinsichtlich des Wertes der zur Sicherheit angebotenen Sachen entscheidet heute das B. G. B. in den §§ 232—240; es giebt hierin Vorschriften über die Gegenstände, mit denen Sicherheit geleistet werden kann und über den Sicherungswert der einzelnen Gegenstände. Hervorzuheben ist die Nachschußpflicht des Schuldners bei Verschlechterung der Sicherheit, so z. B. wenn Waren verderben oder Papiere im Kurse fallen. Nach ausdrücklicher Vorschrift des Handelsgesetzbuchs ist Sicherheitsleistung durch Stellung eines Bürgen ausgeschlossen, weil hier persönliche Rücksichten den Gläubiger an der strickten Verfolgung seines Rechts hindern würden, und weil Bürgschaft immer eine geringere Sicherheit bietet als körperliche Sachen oder Rechte.

Durch die Sicherheit wird übrigens die Stellung des Gläubigers, wie es ja auch angemessen ist, nicht verschlechtert, sondern noch verstärkt; denn während das Zurückbehaltungsrecht dem Gläubiger ein Befriedigungsrecht an den retentierten Gegenständen erst gewährt, wenn er einen vollstreckbaren Titel für sein Recht auf Befriedigung erlangt hat, erhält er an den zur Sicherheit gegebenen Gegenständen ein Pfandrecht, dessen Realisierung er ohne Klage in 8 Tagen bewerkstelligen kann.

§ 368 H. G. B. verlangt, daß die Verpfändung auf Seiten des Pfandgläubigers und des Verpfänders ein Handelsgeschäft sein soll. Als Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts war, wie oben gezeigt, nur erforderlich, daß die Retentionsgegenstände auf Grund eines Handelsgeschäfts in die Hand des Gläubigers gekommen sein müssen, daß auf seiner, nicht auch auf des Schuldners Seite sich als Handelsgeschäft darstellt. Wenn nun auch, wie das möglich ist, in dieser Beziehung kein Handelsgeschäft des Schuldners vorliegt, so wird man bezüglich der Pfandbestellung dies immer annehmen können; denn die Sicherheitsleistung geschieht durch den Schuldner und wird sich auch ohne die Präsumption des § 344 H. G. B. als Handelsgeschäft darstellen, da schon die Beziehung zu der aus beiderseitigen Handelsgeschäften entstandenen Forderung diese Wirkung hervorruft.

Das alte Handelsgesetzbuch hatte die Bestimmung, daß die Sicherheit „rechtzeitig" angeboten sein muß; wenn auch heute das Gesetz diese Bestimmung nicht aufgenommen hat, so ist die Frage, wie lange Sicherheitsleistung mit rechtlichem Erfolg angeboten werden kann, nichts destoweniger von Wichtigkeit und verdient beantwortet zu werden, zumal davon die andere Frage abhängt, wann sich der Gläubiger durch Ablehnung der Sicherheit schadenersatzpflichtig macht. Das leitende Prinzip bei Beantwortung dieser Frage muß sein, daß die Befriedigung des Gläubigers durch die Sicherheitsleistung nicht erschwert werden darf: solange die Forderung des Gläubigers noch nicht fällig geworden ist, braucht, abgesehen vom Notzurückbehaltungsrecht, überhaupt keine Sicherheit geleistet werden; ist sie aber fällig geworden und damit das Zurückbehaltungsrecht gültig entstanden, dann muß der Schuldner sich Mühe geben, die Ausübung des Rechts abzuwenden. Nicht immer, wenn sein Recht entstanden ist, wird der Gläubiger es auch sofort voll nutzen, vielmehr wird er sich begnügen, die Sache nur zurückzubehalten. Solange er noch keine Klage erhoben hat, wird es ihm daher gleichgültig sein, welche Gegen-

stände ihm zur Befriedigung späterhin dienen sollen, ob die retentierten oder neue Gegenstände, welche ihm der Schuldner anbietet. Mit Erhebung der Klage ändert sich diese Lage aber auch nicht, durch die Bestellung von Pfändern wird die Position des Gläubigers vielmehr immer noch verbessert; denn während er sich an den Pfändern schon nach einer Woche erholen kann, wird die Durchführung der Klage und der Ablauf der Zeit, bis zu welcher das Urteil vollstreckbar wird, den Gläubiger sicher länger aufhalten. Es wäre daher Chikane, wollte der Gläubiger in diesem Moment die angebotene Sicherheit nicht annehmen und die Klage fortsetzen. Ja, man muß dem Schuldner die Möglichkeit der Sicherheitsleistung sogar noch nach Fällung des Urteils und selbst noch einen Moment vor Vollstreckbarkeit desselben zugestehen; denn erst nach der Vollstreckbarkeitserklärung kann der Gläubiger dem Schuldner die Aufforderung zugehen lassen: binnen einer Woche zu zahlen, sonst werde die Versteigerung der Retentionsobjekte erfolgen. Solange nun die Befriedigung aus den Pfändern den Gläubiger schneller zum Ziele führt, muß er die Sicherheit annehmen. Vorausgesetzt ist hier jedoch immer, daß dem Gläubiger die Prozeßkosten ersetzt werden.

Ist die Sicherheit vom Gläubiger angenommen, so ist, wie schon oben bemerkt, nicht nur der Verkauf ausgeschlossen, sondern auch die Zurückhaltung hat damit ihr Ende erreicht. Nimmt er sie dagegen nicht an, obgleich er dazu verpflichtet ist, so wird er schadenersatzpflichtig und muß auf Klage des Schuldners hin die Retentionsobjekte doch herausgeben. Dies gilt, so lange der Gläubiger noch nicht die Retentionsklage erhoben hat; hat er sie erhoben, so kann der Schuldner durch Widerklage unter nochmaliger Anbietung der Sicherheit Herausgabe der Gegenstände verlangen. Nach Fällung des Urteils kann der Schuldner bis zum Augenblick der Rechtskraft Berufung einlegen, wenn der Gläubiger die Sicherheit nicht annehmen will.

§ 15.

D. Wirkung gegen Dritte im Konkurse.

Das Zurückbehaltungsrecht soll dem Gläubiger die Möglichkeit gewähren, sich aus den Retentionsobjekten Befriedigung zu verschaffen. Dies wäre aber nicht angängig, wenn das Recht nicht die Kraft besäße, sich gegen Dritte zu

behaupten. Die Hauptgefahr in dieser Beziehung droht ihm von dem Schuldner. Der Schuldner ist nämlich in der Lage, das Eigentum an den retentierten Gegenständen, die der Gläubiger in Besitz hat, zu veräußern oder die Sachen zu verpfänden oder einen Nießbrauch daran zu bestellen, ohne zu gleicher Zeit den Besitz auf den neuen Eigentümer, Pfandgläubiger oder Nießbraucher unmittelbar übertragen zu brauchen, einfach dadurch, daß er ihnen den Anspruch auf Herausgabe der Gegenstände abtritt (931 B. G. B). Hier soll nun der Gläubiger nicht schlechter gestellt sein als ein Besitzer, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist, gegen Verfügungen des Eigentümers. Der Gläubiger kann als Besitzer dem neuen Erwerber die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen (986 ² B. G. B.), und soweit er dies kann, besteht sein Zurückbehaltungsrecht auch gegenüber dem ihn bedrohenden Dritten. Dieses bestimmt § 369 ² H. G. B. und regelt so die früher sehr bestrittene Frage nach der Wirkung des Zurückbehaltungsrechts gegen Dritte.

Wieweit der Gläubiger einem Dritten Einwendungen aus der Person des Schuldners entgegensetzen kann, darüber entscheidet das bürgerliche Recht. Es wird also zu prüfen sein, ob nach dessen Vorschriften ein derartiger Fall vorliegt. Die dem Schuldner entgegenstehenden Einreden braucht sich zunächst der nicht gefallen zu lassen, dessen Eigentum schon bestand, als das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers zur Entstehung gelangte, gleichviel ob dieser das Gegenteil im guten Glauben annahm oder nicht. Und wie das Zurückbehaltungsrecht nicht besteht, wenn vor seiner Entstehung die Sache in das Eigentum eines Dritten übergegangen war, so stehen ihm auch andere dingliche Rechte, die älter sind, entgegen. Ebenso wirkt es nicht gegen gesetzliche Pfandrechte, mögen diese auch erst *nach* Entstehung des Gläubigerrechts ins Leben getreten sein; denn hier kann der Gläubiger nicht entgegenhalten, daß er dem Schuldner zur Herausgabe nicht verpflichtet sei, weil die gesetzlichen Pfandgläubiger ihr Pfandrecht nicht von einer Verfügung des Schuldners ableiten, sondern direkt aus dem Gesetz. Wie die Denkschrift [1]) hervorhebt, wäre ein entgegengesetztes Ergebnis auch nicht gerechtfertigt. „Wenn z. B. der Verkäufer die bereits in das Eigentum des Käufers übergegangene Ware diesem durch einen Spediteur zusenden läßt, wäre es ein Unrecht, einem dem Verkäufer wegen

[1]) S. 212.

anderweitiger Forderungen an den Käufer zustehenden Zurückbehaltungsrecht den Vorrang vor dem gesetzlichen Pfandrechte des Spediteurs und des Frachtführers einzuräumen." Staub will allgemein dem Zurückbehaltungsrecht den Vorrang vor den gesetzlichen Pfandrechten zugestehen — daß die Begründung seiner Ansicht falsch ist, darüber schon oben § 1 —; da ihm aber bei dem eben genannten Beispiel das Ergebnis, zu dem er gelangen würde, auch nicht gefällt, so sucht er durch eine recht gekünstelte Konstruktion zu demselben Resultat zu kommen wie die Denkschrift und sucht für diesen speziellen Fall eine Ausnahme von seiner Regel zu statuieren. Er sagt [1]): „In dem gedachten Beispiel habe ja der Gläubiger die retenierten Sachen dem gesetzlichen Pfandgläubiger selbst übergeben, dessen gesetzliches Pfandrecht sei also ebenso zu beurteilen wie ein solches vertragsmäßiges Pfandrecht, das durch Uebergabe entsteht, nicht wie ein solches, welches durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe entstehe. Nur in einem Falle des Pfandrechts, welches in der letzteren Weise entsteht, verbleiben nach § 986 [2] B. G. B. dem Besitzer die Einwendungen gegen den nachträglichen Erwerber eines Pfandrechts an der retenierten Sache." Der letzte Satz ist ganz richtig, Staub wendet ihn aber auf eine unhaltbare Annahme an: das gesetzliche Pfandrecht des Spediteurs soll wie ein vertragsmäßiges zu beurteilen sein, das durch Uebergabe entstanden ist. Eine Uebergabe liegt zwar vor, doch ist diese nicht geeignet, ein Pfandrecht zu begründen. Begründen kann — wenn wir vom Falle des § 1207 B. G. B. absehen — ein Pfandrecht nur der Eigentümer; derjenige, welcher es hier gethan haben soll, ist der Nichteigentümer, da das Eigentum vom Verkäufer schon auf den Käufer übergegangen war. Von diesem Gesichtspunkt aus ist also in Wahrheit gar kein Pfandrecht entstanden, und man kann daher auch nicht sagen, daß das gesetzliche Pfandrecht wie ein vertragsmäßiges anzusehen sei.

Was von den gesetzlichen Pfandrechten gilt, gilt auch von dem Verfolgungsrechte des Verkäufers oder Einkaufskommissionärs im Konkurse des Schuldners (§ 44 K. O.). Diese Personen können Waren, die von einem andern Orte an den Gemeinschuldner abgesandt und von diesem noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern dieselben nicht schon vor Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners

[1]) S. 1215.

oder einer andern Person für ihn gelangt sind. Wenn an diesen Waren der Spediteur oder Frachtführer wegen Forderungen an den Käufer ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, so muß dieses dem Verfolgungsrechte des Verkäufers oder Einkaufskommissionärs weichen. Weil diese Personen ihre Berechtigung nicht von einer Verfügung des Gemeinschuldners herleiten, kann der Retinent ihnen nicht entgegenhalten, daß er dem Schuldner gegenüber nicht zur Herausgabe verpflichtet sei.

Die Frage nach der Rangstellung dieser beiden Rechte war früher sehr bestritten, heute ist sie durch § 369 [2] H. B. G. ja endgültig entschieden, die herrschende Meinung war aber schon früher zu demselben Resultat gekommen. Man argumentierte folgendermaßen [1]): „Durch die Aufhebung des Eigentums des Schuldners fallen alle diejenigen Rechte zusammen, die sich auf dieses Recht stützen, folglich auch das Retentionsrecht. Ein Recht könnte nur in soweit bestehen bleiben, als der Erwerber durch seinen guten Glauben geschützt ist, da aber die Vorschriften über den guten Glauben auf das Zurückbehaltungsrecht keine Anwendung finden, so erlischt auch das Retentionsrecht des Spediteurs." Gegen diese Argumentation ist nichts einzuwenden. [2])

Die Denkschrift erwähnt zur Begründung der Anschauung, daß man das Zurückbehaltungsrecht nicht als dingliches Recht gestalten dürfe, noch den Fall, daß über die Ware ein Lagerschein, Konnossement oder Ladeschein ausgestellt ist. Die Anerkennung des dinglichen Charakters des Zurückbehaltungsrechts würde hier zu ungeeigneten Ergebnissen führen, da das Zurückbehaltungsrecht alsdann wegen jeder gegen einen Zwischenbesitzer des Papiers für den Auslieferungspflichtigen begründeten Forderung auf der Ware haften bliebe und daher, sofern es nicht etwa durch gutgläubigen Erwerb erloschen ist, auch gegenüber dem legitimierten Besitzer des Papiers trotz der im § 364 H. G. B. vorgesehenen Beschränkung der Einreden geltend gemacht werden könnte; denn als dingliches Recht würde es dem Retinenten gegen Jeden zustehen, der sich mit seinem Recht in Widerspruch setzen wollte, also auch unmittelbar gegen den Besitzer der Urkunde. Dagegen behauptet Staub [3]), daß selbst bei Anerkennung der Dinglichkeit das Zurückbehaltungsrecht gegen den Zwischenbesitzer in soweit

[1]) Korn S. 101.
[2]) A. M. Goldschmidt S. 1058.
[3]) S. 1215.

erlöschen wird, als es sich nicht aus der Urkunde selbst ergiebt. Freilich aus der Urkunde wird es sich wohl nie ergeben, als dingliches Recht wird es aber immer gegen den letzten aus dem Papier Berechtigten wirken. Eine solche ungerechtfertigte Konsequenz vermied man durch die Bestimmung in § 369 [2] H. G. B.: Danach besteht das Zurückbehaltungsrecht dem legitimierten Besitzer der Urkunde gegenüber nur in soweit, als ihm die Einwendungen gegen die Vorbesitzer entgegengesetzt werden können; diese können ihm aber nur entgegengesetzt werden, wenn sie sich aus dem Inhalt der Urkunde ergeben; daß ein Zurückbehaltungsrecht in der Urkunde verzeichnet wird, ist wohl nicht anzunehmen.

Die Denkschrift zeigt durch die Zuziehung des § 364 H.G.B., daß die Dispositionspapiere, von denen sie spricht, auf Order ausgestellt und durch Indossament übertragen sein sollen. Wenn nun die Papiere nicht auf Order lauten oder zwar auf Order lauten, aber nicht durch Indossament übertragen sind, was ausnahmsweise möglich ist, dann geschieht die Uebertragung durch Cession. Hier kann der Gläubiger dem Erwerber des Papiers die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung gegen die früheren Besitzer des Papiers begründet waren, folglich auch das Zurückbehaltungsrecht. (§ 404 B. G. B.)

Hat der Retinent das Retentionsobjekt einem Andern übergeben, doch so, daß er mittelbarer Besitzer geblieben ist, und hat der unmittelbare Besitzer seinerseits ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache erworben, so hat das erste Zurückbehaltungsrecht gegen das später entstandene keine Wirkung, weil es nur obligatorisch ist.

Die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts einem später entstandenen Pfändungspfandrecht gegenüber stellt sich folgendermaßen dar: Wenn der Gläubiger nicht zur Herausgabe der Sachen bereit ist, so vereitelt er schon damit die Pfändung; zwar hat der pfändende Dritte hiergegen das Hilfsmittel, daß er den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe pfändet und sich überweisen läßt, hier kann aber der Gläubiger dem Dritten sein Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen, „weil Pfändung und Ueberweisung nicht höhere Wirkung hat als die Einigung über die vertragliche Bestellung eines Pfandrechts in Verbindung mit Abtretung des Herausgabeanspruchs".[1] Befindet sich die Sache nicht im unmittelbaren Besitz des

[1]) Makower S. 1054.

Gläubigers, sondern in dem eines zu ihrer Herausgabe bereiten Dritten, und findet infolgedessen die Pfändung statt, so geht nach § 804[2] C. P. O. das Zurückbehaltungsrecht dem Pfändungspfandrecht vor, da es im Konkurse Faustpfandrechten gleichgestellt ist. (§ 49 Nr. 4 K. O.)

Der Konkurs hat im Allgemeinen auf das Zurückbehaltungsrecht keinen Einfluß, er berührt wenigstens dessen Bestand nicht, nur ein Fall, den wir schon einmal erwähnt haben, zerstört das Zurückbehaltungsrecht, nämlich die Geltendmachung des Verfolgungsrechts von Seiten des Verkäufers oder Einkaufskommissionärs im Konkurse des Schuldners. Im Uebrigen behält das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse seine Wirkung, ja wenn es noch nicht entstanden ist, wird seine Entstehung dadurch gefördert, daß es auch wegen nicht fälliger Forderungen und auch dann, wenn eine besondere Abmachung der Zurückhaltung widerspricht, geltend gemacht werden kann.

Früher bestimmte Art. 315 des alten H. G. B., daß es auch gegenüber der Konkursmasse fortbestehe, heute ist diese Bestimmung in die Konkursordnung aufgenommen, die es unter den Absonderungsrechten aufzählt. Dieses Recht auf Befriedigung des Gläubigers außerhalb des Konkurses giebt dem Zurückbehaltungsrecht einen ganz besonderen Wert, vorausgesetzt hierfür ist natürlich, daß es schon *vor* oder wenigstens *mit* der Konkurseröffnung entstanden ist.

Auf zweierlei Weise könnte ein Zurückbehaltungsrecht *nach* der Konkurseröffnung entstehen:

I. Dem Gläubiger steht schon eine *Forderung* gegen den Gemeinschuldner zu, die Deckungsobjekte kommen aber erst nach dem bewußten Moment mit Willen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers; da der Schuldner jedoch mit der Konkurseröffnung die Befugnis verliert, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen (§ 6 K. O.), so sind Rechtshandlungen, durch welche er Güter in die Hand des Gläubigers bringt, der Konkursmasse gegenüber unwirksam. (§ 7 K. O.) Der Gläubiger müßte die Sachen also zur Masse zurückgeben und zwar selbst dann, wenn er sich bezüglich der Lage des Schuldners in dem gegebenen Augenblick in gutem Glauben befände. (§ 7[1] Satz 2 K. O.) Ist der Anspruch des Gläubigers auf die Deckungsobjekte schon vorher vorhanden gewesen, und wollte er nun im Wege der Zwangsvollstreckung dieselben herausverlangen, so ist ihm, weil er eben nur Konkursgläubiger ist, gemäß § 14 K. O. auch dieser Weg verschlossen. Erwarb der Gläubiger die Befriedigungsobjekte zwar vor der Konkurs-

eröffnung, doch nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Eröffnungsantrag, so ist der Erwerb unter bestimmten Voraussetzungen anfechtbar.

II. Hat der Gläubiger schon vor der Konkurseröffnung Befriedigungsobjekte in Händen, aber noch keine Forderung, so würde hier § 15 K. O. entgegenstehen, wenn er sich mit Hülfe des Schuldners schnell eine Forderung verschaffen wollte, im Wege der Cession ist das auch nicht möglich; denn hiergegen spricht nicht nur § 15 K. O., sondern auch das Erfordernis des zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossenen Handelsgeschäfts, auf dem die Forderung beruhen muß. (siehe oben § 5) Ist die Forderung schon vor der Konkurseröffnung erworben, jedoch nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Eröffnungsantrag, so ist der Erwerb der Forderung unter bestimmten Voraussetzungen anfechtbar. (vergl. § 30, 31 K. O.)

Liegt nun kein Grund vor, den Forderungs- oder Gütererwerb für nichtig oder anfechtbar zu erklären, ist also das Zurückbehaltungsrecht voll gültig, so kann der Gläubiger seine Befriedigung außerhalb des Konkurses aus den Retentionsobjekten suchen; er ist also nicht gezwungen am Konkurse teilzunehmen. Die Retentionsklage richtet sich natürlich nicht gegen den Gemeinschuldner, weil dieser sein Dispositionsrecht verloren hat, sondern gegen den Konkursverwalter. Der Konkursverwalter hat nun aber in Ansehung des Zurückbehaltungsrechts alle Rechte, die dem Schuldner sonst zustehen, so kann er vor allen Dingen das Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung beseitigen. Damit er von diesem Rechte Gebrauch machen kann, ist dem Gläubiger die Pflicht auferlegt, dem Konkursverwalter von dem Besitze der Sachen und von den Forderungen innerhalb bestimmter Zeit Anzeige zu machen (§ 118 K. O.), widrigenfalls er Schadensersatz zu leisten hat. Der Konkursverwalter hat sich dann zu entschließen, ob er dem Gläubiger die Sachen zur Befriedigung überlassen will oder ob er selbst durch Zwangsvollstreckung die Verwertung betreiben will (§ 127 K. O.); er kann sich, um zu einem Entschluß zu kommen, die Sachen zur Besichtigung und Abschätzung vorlegen lassen. (§ 120 K. O.) Wählt er den ihm durch § 127 K. O. gegebenen Weg, so kann der Gläubiger nicht widersprechen, kann seine Rechte vielmehr nur auf den Erlös geltend machen. Aus diesem Erlöse oder bei Selbstbetrieb des Gläubigers aus dem Verkaufserlös (nach § 371 H. G. B.) kann der Gläubiger seine Befriedigung erlangen. Reicht der Erlös nicht aus, so kann der Gläubiger seine Restforderung

als Konkursgläubiger geltend machen d. h. anmelden und dafür prozentuale Befriedigung erhalten; übersteigt der Erlös die Forderung, so fällt der Ueberschuß in die Masse.

§ 16.

E. Das Befriedigungsverfahren.

Das Charakteristikum, wodurch sich das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht vom des B. G. B. unterscheidet, bildet das Befriedigungsrecht des Gläubigers aus den Retentionsobjekten; hierdurch nähert es sich dem Pfandrecht, jedoch mit dem Unterschiede, daß dem Pfandgläubiger ohne eine weitere Voraussetzung das Recht privaten Verkaufs gegeben ist, während der Retinent noch eines vollstreckbaren Titels bedarf.

Um zur Befriedigung seiner Forderung zu gelangen, hat der Gläubiger drei Wege, von denen zwei zu den gewöhnlichen des civilen Prozeßverfahrens gehören, während der dritte speziell dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht eigen ist: I. kann er seine Forderung ausklagen und Zwangsvollstreckung in das ganze Vermögen des Schuldners nehmen, II. die Zwangsvorstreckung nur auf die zurückbehaltenen Gegenstände richten und III. die Retentionsklage auf Gestattung der Befriedigung aus den Retentionsobjekten anstellen.

I. Wählt der Gläubiger den ersten Weg d. h. richtet er die Zwangsvollstreckung auf das ganze Vermögen des Schuldners, so hat der Schuldner das beneficium excussionis realis d. h. er kann der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen widersprechen, soweit die Forderung durch den Wert der Retentionsobjekte gedeckt ist. (§ 777 C. P. O.) Steht dem Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht in Ansehung der Sachen auch für eine andere Forderung zu, so ist der Widerspruch nur zulässig, wenn auch diese Forderung durch den Wert der Sachen gedeckt ist. Der Schuldner macht sein Widerspruchsrecht nach § 766 C. P. O. geltend. Will der Gläubiger diesen Widerspruch überwinden, so bleibt ihm hierfür nur ein Mittel, nämlich der Verzicht auf sein Zurückbehaltungsrecht. Solange er nicht ausdrücklich erklärt oder durch Handlungen zu erkennen giebt, daß er davon keinen Gebrauch machen wolle, kann man dem Schuldner nicht zumuten, die Zwangsvollstreckung zu dulden und außerdem dem Gläubiger noch Befriedigungsmittel in Händen zu lassen. § 777 C. P. O. spricht nur von be-

weglichen Sachen, an denen der Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht hat, man muß die Vorschrift aber auch auf Wertpapiere ausdehnen [1]); denn es handelt sich bei § 777 um den Schutz des Schuldners gegen den stärkeren Gläubiger, und es wäre engherzig, wollte man ihm diesen Schutz nur bei beweglichen Sachen geben. Extensiv wird man ferner die Vorschrift auch dahin interpretieren müssen, daß sie nicht nur Anwendung findet bei Sachen oder Wertpapieren des Schuldners, sondern auch bei solchen des Gläubigers, die dieser auf den Schuldner zurückzuübertragen hat.

II. Hat der Gläubiger gegen den Schuldner einen vollstreckbaren Titel für seine Forderung erlangt, so kann er auch die Zwangsvollstreckung auf die Retentionsobjekte richten d. h. er läßt sie bei sich pfänden und findet so seine Befriedigung. Obgleich die Zulässigkeit dieser Art der Zwangsvollstreckung selbstverständlich ist, wird sie in § 371[3] H. G. B. noch besonders erwähnt.

III. Will der Gläubiger nun seine Forderung auch nicht ausklagen, so hat er die Retentionsklage auf Gestattung der Befriedigung aus den retinierten Gegenständen. Die Befriedigung erfolgt nach den Regeln über die Pfandrechtsrealisierung. Während sonst der Pfandverkauf einfach im Wege privater Versteigerung erfolgt, setzt das Zurückbehaltungsrecht einen vollstreckbaren Schuldtitel für das Recht auf Befriedigung voraus. Die Erwirkung des vollstreckbaren Titels wird wohl regelmäßig im Wege der Klage geschehen, doch wird auch ein Titel genügen, der in einem amtsgerichtlichen Vergleich nach § 510 C. P. O. besteht. Die Retentionsklage geht nicht auf Erfüllung der durch das Zurückbehaltungsrecht gesicherten Forderung, sondern es ist eine Klage, die sich auf das Zurückbehaltungsrecht stützt und demgemäß nur das Ziel hat, eine Grundlage für das Befriedigungsrecht des Gläubigers zu schaffen. Art. 315 des alten H. G. B. sprach von einem Recht des Gläubigers, im Wege der Klage bei dem für ihn zuständigen Gericht gegen den Schuldner den Verkauf der Gegenstände zu beantragen. Diese ungenaue Fassung ließ Zweifel hinsichtlich des Inhalts der Klage aufkommen, ob man die Klage als Anerkennungsklage, gerichtet auf Feststellung des klägerischen Anspruchs auf Verwendung der Retentionsobjekte zur vorzugsweisen Befriedigung, [2]) oder als eine der früheren Pfand-

[1]) Staub 1220.

[2]) Korn S. 91.

klage ähnliche Klage anstellen sollte, gerichtet auf Verurteilung des Beklagten, sich den Verkauf der retenierten Objekte gefallen zu lassen.[1]) Die zuletzt angeführte Ansicht hat heute auch Anerkennung im Gesetz gefunden; wie § 371[4] H. G. B. ausdrücklich sagt, geht die Klage auf Gestattung der Befriedigung. Der Antrag wird also lauten: Beklagten zu verurteilen, daß er die Befriedigung des Klägers aus den und den Gegenständen für die und die Forderung gestattet. Die näheren Modalitäten der Befriedigung braucht der Kläger nicht anzugeben, und das Urteil braucht sie nicht zu enthalten, da sie schon vom Gesetz geregelt werden. Kläger ist natürlich der Gläubiger, Beklagter entweder der Eigentümer der retenierten Gegenstände oder der Schuldner, je nachdem die Sachen dem Schuldner gehören oder nicht. Gehören die Sachen dem Gläubiger, was nach § 369[1] Satz 2 möglich ist, dann tritt also an die Stelle des Eigentümers der Schuldner. Ueber die Wirkung des rechtskräftigen Urteils trifft § 372[2] H. G. B. eine besondere Bestimmung. Danach soll das rechtskräftige Urteil auch gegen einen Dritten wirken, der nach dem Besitzerwerb des Gläubigers das Eigentum von dem Schuldner erworben hatte, sofern nicht der Gläubiger beim Eintritt der Rechtshängigkeit gewußt hat, daß der Schuldner nicht mehr Eigentümer ist. Hierin liegt eine außerordentliche Begünstigung des Gläubigers; denn während nach § 325 C. P. O. das Urteil nur gegen einen Dritten wirkt, der nach der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger des Beklagten geworden ist, wirkt hier das Urteil auch gegen einen Dritten, der schon vorher die Sache erworben hatte, sofern nur bei Erhebung der Klage der Gläubiger von diesem Erwerb nichts wußte; es genügt, daß er nichts wußte, ein Wissen-Müssen ist nicht gefordert.

Zu § 372 Abs. 2 H. G. B. ist zu bemerken, daß in diesem das Vorhandensein einer gläubigerischen Forderung vor Besitzerlangung der Retentionsobjekte vorausgesetzt ist; denn wenn der Gläubiger noch keine Forderung besaß, konnte er auch einem neuen Eigentümer kein Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen. Eine Befriedigung des Gläubigers wäre dann unmöglich. Wenn § 372 Regeln für das Befriedigungsverfahren aufstellt, so setzt er voraus, daß das Verfahren überhaupt stattfinden kann, mit andern Worten, daß das Zurückbehaltungsrecht im Moment des Eigentumswechsels schon entstanden war.[2])

---

[1]) Goldschmidt S. 1050.

[2]) ebenso Makower S. 1069.

Der Gläubiger hat als Kläger die Voraussetzungen des Daseins seines Rechts zu beweisen also auch seine Forderung, im Falle des § 369 H. G. B. muß er beweisen, daß sie fällig ist, während ihm das beim Notzurückbehaltungsrecht erspart ist. Hieraus muß man folgern, daß er in letzterem Falle die Klage auch schon vor Fälligkeit anstellen kann; freilich wird das Urteil — wenigstens soweit es sich um bewegliche Sachen handelt — auf Gestattung der Befriedigung erst bei Fälligwerden der Forderung lauten müssen (vergl. § 1228[2] B. G. B.), während bei Wertpapieren dem Gläubiger das Befriedigungsrecht im Wege der Einziehung schon vor Fälligkeit der Forderung zusteht. (§ 1294 B. G. B.)

Der Kläger kann die Klage an jedem örtlich zuständigen Gericht anstellen, so am allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten oder am Gerichtsstand seiner Handelsniederlassung. Außerdem ist ihm durch § 371[4] H. G. B. aber noch das Recht gegeben, die Klage dort zu erheben, wo er selbst seinen allgemeinen Gerichtsstand oder den Gerichtsstand der Handelsniederlassung hat. Hat der Gläubiger mehrere Handelsniederlassungen, so wird er die Klage nur am Gerichtsstand der Niederlassung erheben können, aus deren Handelsbetrieb das Zurückbehaltungsrecht herrührt. [1])

Der Schuldner kann sich gegen die Klage mit allen den Einwendungen verteidigen, welche ihm gegen jede sonstige Klage zustehen, er kann die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts bestreiten, vor Allem die Existenz der Forderung, deren Höhe und Fälligkeit (im Falle des § 369 H. G. B.), er kann aber auch sofort die Befriedigung des Gläubigers gestatten; in diesem Falle treffen ihn die Prozeßkosten wenigstens nicht persönlich, sofern er nur sonst zur Klage keinen Anlaß gegeben hat. Die Prozeßkosten treffen dann nur die Retentionsobjekte und, wenn sie durch diese nicht gedeckt werden können, den Gläubiger. Bestreitet der Schuldner den Anspruch des Gläubigers unrechterweise oder giebt er etwa durch Verzug Anlaß zur Klage, so sind die durch die Retentionsobjekte nicht gedeckten Prozeßkosten dem Schuldner persönlich aufzuerlegen, und dieses ist im Urteil besonders auszusprechen. [2])

Erlangt der Gläubiger für sein Befriedigungsrecht einen vorläufig vollstreckbaren Titel und wird dieser nachher zu seinen Ungunsten aufgehoben, so hat er dem Schuldner den durch

---

[1]) Staub S. 1223.

[2]) Staub 1223.

die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstandenen Schaden nebst den Prozeßkosten zu ersetzen. Hat ein Dritter die Sache erworben, so wird er durch den Wegfall des Titels nicht berührt. (§ 1244 B. G. B.)

Da der vollstreckbare Titel die notwendige Voraussetzung für die Befriedigung des Gläubigers bildet, würde ein Fehlen desselben bei Befriedigung gegen das Gesetz verstoßen, und dieser Mangel ist auch dadurch nicht zu ersetzen, daß der Gläubiger später einen solchen Titel erlangt.

Das Gesetz sagt: „In Ermangelung des vollstreckbaren Titels ist der Verkauf des Gegenstandes nicht rechtmäßig." Wenn das Gesetz hier nur vom Verkauf spricht, so ist das nicht wörtlich zu nehmen, vielmehr wird man darunten jede Art der Befriedigung verstehen müssen.

Die Folge der Realisierung des Zurückbehaltungsrechts ohne Titel ist zunächst, daß der Gläubiger dem Schuldner den entstehenden Schaden ersetzen muß [1]); der Schaden erwächst dem Schuldner daraus, daß er nicht im Stande war, ein behauptetes Zurückbehaltungsrecht zu bemängeln oder durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Seine Ansprüche muß der Schuldner durch eine Klage geltend machen, in dieser Klage kann er aber die Auszahlung des Erlöses an sich nur verlangen, wenn dem Gläubiger gar kein Zurückbehaltungsrecht zustand; denn stand es dem Gläubiger zu, so gebührt ihm der Erlös zur Befriedigung seiner Forderung; ist er nicht voll befriedigt, so kann er den Rest seiner Forderung compensando gegen die Schadensersatzansprüche des Schuldners geltend machen. [2])

Die Folgen des unrechtmäßigen Verkaufs für den Erwerber werden sich nach den §§ 1242—1244 B. G. B. richten. Während er bei rechtmäßigem Verkauf die gleichen Rechte erwirbt, wie wenn er die Sache vom Eigentümer erworben hätte, müßte er im entgegengesetzten Falle die Sache dem vindizierenden Eigentümer herausgeben. Doch wird er wie ein gutgläubiger Erwerber geschützt, sofern er annahm, daß der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel besitze, und sofern die Veräußerung in der Form des Verkaufes gepfändeter Sachen oder im Wege öffentlicher Versteigerung bezw. bei markt- und börsengängigen Sachen freihändig durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler erfolgt ist.

[1]) R. O. H. G. 25 S. 224 f.
[2]) R. G. I S. 285.

Hat der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel erlangt, so kann er zur Befriedigung schreiten. In Ansehung der Befriedigung gilt zu seinen Gunsten der Schuldner, sofern er beim Besitzerwerb [1]) des Gläubigers Eigentümer war, auch weiter als Eigentümer, sofern nicht der Gläubiger weiß, daß der Schuldner nicht mehr Eigentümer ist. Die Klage, die Verkaufsandrohung und die übrigen Benachrichtigungen kann er also dem alten Eigentümer zugehen lassen, ohne dem neuen Erwerber schadenersatzpflichtig zu werden. Früher war die Befriedigung des Gläubigers noch dadurch erschwert, daß er sie im Wege der Zwangsvollstreckung suchen mußte. In seinem Auftrage pfändete also der Gerichtsvollzieher die in des Gläubigers Besitz befindlichen Sachen des Schuldners und veräußerte sie. Heute erfolgt die Befriedigung nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des B. G. B. Zunächst ist zu bemerken, daß der Gläubiger das Recht hat, den Verkauf nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken zu lassen. Dieser Fall ist von dem oben erwähnten zu unterscheiden, wobei der Gläubiger seine Forderung ausklagte und dann die Zwangsvollstreckung auf die Retentionsobjekte richtete. Hier ist vorausgesetzt, daß er für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel hat, nicht für seine Forderung.

Für den Privatverkauf trifft das Handelsgesetzbuch nur eine spezielle Vorschrift: „An Stelle der im § 1234 B. G. B. bestimmten Frist von einem Monat tritt eine solche von einer Woche". Im übrigen greifen also die Vorschriften des B. G. B. Platz. Zunächst hat der Gläubiger dem Eigentümer oder Schuldner den Verkauf anzudrohen und zwar, wie oben bemerkt, eine Woche vor dem Verkauf und hat dabei den Geldbetrag anzugeben, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll. Hier kann also der Schuldner noch durch Erlegung des Geldbetrags den Verkauf verhindern, zur Sicherheitsleistung ist er aber jetzt nicht mehr befugt [2]). Der Verkauf des Pfandes geschieht in öffentlicher Versteigerung, börsen- und marktgängige Waren können freihändig durch einen dazu geeigneten Handelsmäkler verkauft werden. Die Versteigerung findet am Wohnort oder an dem Orte der Handelsniederlassung des Gläubigers statt; denn dort werden sich meistens die Gegenstände befinden. Der

[1]) § 372 [1] H. G. B. Auch hier muß vorausgesetzt werden, daß mit dem Besitzerwerb das Zurückbehaltungsrecht entstanden ist.

[2]) siehe oben § 14.

Versteigerungsort kann aus Nützlichkeitsgründen geändert werden. Der Pfandverkauf ist vorher öffentlich bekannt zu machen, der Eigentümer resp. der Schuldner sind besonders zu benachrichtigen. Der Kaufpreis ist sofort bar zu entrichten. Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Gold- oder Silberpreise zugeschlagen werden. Von dem Verkaufe des Pfands und dem Ergebnisse hat der Gläubiger unverzüglich den Eigentümer resp. den Schuldner zu benachrichtigen. Der Erlös gebührt dem Gläubiger zur Befriedigung; soweit seine Forderung überschritten ist, fällt der Ueberschuß an den Eigentümer resp. den Schuldner.

Unterläßt der Gläubiger schuldhaft die Androhung des Verkaufs oder die spätere Benachrichtigung vom erfolgten Verkauf, die Anzeige von Ort und Zeit des Verkaufs und die sonstigen Vorschriften über den Pfandverkauf, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet. Nach § 1245 B. G. B. können die Parteien eine von den Vorschriften der §§ 1234—1240 abweichende Art des Pfandverkaufs vereinbaren, jeder der Beteiligten kann sogar eine solche verlangen, bei Uneinigkeit entscheidet der Richter.

Die oben erwähnten Sätze gelten in ihrer Allgemeinheit nur für bewegliche Sachen und auch für Inhaberpapiere (§ 1293); bei letzteren hat der Gläubiger außerdem das Recht zur Kündigung und Einziehung; war seine Forderung fällig, so gilt sie als vom Schuldner berichtigt, soweit dem Gläubiger der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührte; war seine Forderung nicht fällig, so ist er trotzdem zur Einziehung berechtigt, an dem eingezogenen Betrage ist ihm dann ein Pfandrecht zu bestellen. Diese Regeln über die Einziehung gelten auch für Wechsel und sonstige Orderpapiere. Haben Orderpapiere einen Börsen- oder Marktpreis, und ist die Forderung des Gläubigers fällig, so können sie freihändig durch einen geeigneten Handelsmäkler verkauft werden. Ist Einziehung der Forderung ausgeschlossen und ist ein Verkauf des Wertpapieres auch nicht möglich, so muß die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen (§ 1277 B. G. B.) [1]).

Besteht das Zurückbehaltungsrecht an Dispositionspapieren, so hat der Gläubiger das Recht auch unmittelbar an dem Gute, er kann also den Verkauf des Gutes betreiben.

Bei der Befriedigung geht das Recht des Gläubigers den Rechten Dritter insoweit vor, als es ihnen gegenüber geltend gemacht werden kann. (§ 371 [1] Satz 2).

---

[1]) Denkschrift S. 214.

Kapitel IV.

§ 17.

Beendigung des Zurückbehaltungsrechts.

Wenn das Befriedigungsverfahren erfolgreich zu Ende geführt ist, hat das Zurückbehaltungsrecht seinen Zweck erfüllt und erlischt; sollte der Gläubiger nicht alle Retentionsobjekte verbraucht haben, so muß er die unverbrauchten zurückgeben, wenn an diesen nicht schon wieder ein Zurückbehaltungsrecht für ihn erwachsen ist. Das Bestehen einer Forderung ist Voraussetzung des Rechts und, wo die Forderung fortfällt, fällt auch das Recht fort. Nun ist es ganz gleichgültig, wodurch die Forderung erlischt; außer der eben erwähnten zwangsweisen Befriedigung führt namentlich die Erfüllung hierzu und, was der Erfüllung gleichsteht, so Hingabe an Erfüllungsstatt, Aufrechnung, Hinterlegung bei Annahmeverzug des Gläubigers, Erlaß, Vereinigung von Forderung und Schuld, ebenso aber auch die Verjährung. Wenn es auch zweckmäßig wäre, trotz Verjährung der Forderung ebenso wie Hypothek und Pfandrecht auch das Zurückbehaltungsrecht fortdauern zu lassen, so müssen wir doch von dieser Ausdehnung des § 223 B. G. B. absehen, weil dieser Paragraph eine Ausnahme von der gewöhnlichen Wirkung der Verjährung enthält, und wir nicht befugt sind, den engumgrenzten Kreis dieser Ausnahmen weiter zu ziehen [1]). Das Zurückbehaltungsrecht ist eben, wie allgemein, so auch in dieser Beziehung ein schwächeres Recht als das Pfandrecht. Das Zurückbehaltungsrecht erlischt ferner durch Annahme hinreichender Sicherheit, durch Erwerb des Eigentums an den Retentionsobjekten — soweit nicht § 369 [1] Satz 2 eingreift —, durch Verlust des Gewahrsams; ist dieser Verlust ein unfreiwilliger, so erlischt das Recht nur, wenn der Gläubiger die Gegenstände nicht durch eine possessorische oder Kontrakts- oder Deliktsklage wiedererlangt, bei freiwilliger Besitzaufgabe erlischt es immer.

[1]) A. M. Lehmann-Ring S. 91.

Erlöschungsgrund ist weiterhin der Untergang der Retentionsobjekte, wobei ein Surrogat wie z. B. die Versicherungssumme nicht an Stelle der Sache tritt [1]), sodann Ausübung oder vielmehr Geltendmachung eines Rechts an der Sache durch Dritte, denen der Gläubiger sein Zurückbehaltungsrecht nicht entgegensetzen kann, Anfechtung sowohl des Forderungs- als des Besitzerwerbs in und außer dem Konkurse und endlich der Verzicht von Seiten des Gläubigers.

Das Zurückbehaltungsrecht wird jedesmal dann erlöschen, wenn eine seiner Voraussetzungen wegfällt, nicht jedoch, wenn der Gläubiger oder der Schuldner nach Entstehung des Rechts seine Kaufmannseigenschaft verliert.

Der Tod einer Partei berührt das Recht nicht.

Kapitel V.

§ 18.

Die Uebergangsfrage.

Die Frage nach der rechtlichen Natur des Zurückbehaltungsrechts ist dafür entscheidend, welche Wirkungen der Eintritt des neuen Rechts am 1. I. 1900 auf ein vorher entstandenes Retentionsrecht hatte. Fassen wir das Zurückbehaltungsrecht als dingliches Recht auf, so findet Art. 184 E. G. B. G. B Anwendung, danach bleiben Rechte, die zur Zeit des Inkrafttretens des B. G. B. auf einer Sache oder einem Recht lasteten, mit dem sich aus dem bisherigen Recht ergebenden Inhalt bestehen. Nimmt man aber an, daß es ein obligatorisches Recht ist, so greifen die für Schuldverhältnisse gegebenen Uebergangsregeln Platz; danach bleiben für ein Schuldverhältnis, das vor dem 1. I. 1900 entstanden ist, die bisherigen Gesetze maßgebend (Art. 170 E. G. B. G. B.). So entscheidet das alte Recht über Entstehung, Inhalt und Wirkungen. Also bleibt hinsichtlich der Voraussetzungen die dem alten H. G. B. fehlende

[1]) Dies ist nicht einmal beim Pfand an beweglichen Sachen der Fall, daher für das Zurückbehaltungsrecht erst recht nicht anzunehmen. Ebenso Düringer-Hachenburg S. 585, a. M. Korn S. 105.

Bestimmung des § 369 [1] Satz 2 außer Betracht, wenn der Eigentumsübergang schon vor dem 1. I. 1900 stattgefunden hatte; der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache war dessen ius quaesitum, das durch die Aenderung der Gesetzgebung nicht beeinträchtigt wird [1]).

Besaß ein Kaufmann gegen einen andern vor dem 1. I. 1900 ein Zurückbehaltungsrecht nach Maßgabe des alten Art. 313, so verliert er es nicht dadurch, daß er oder der Gegner infolge Aenderung der Gesetzgebung die Kaufmannseigenschaft verliert. Erwarb umgekehrt ein Nichtkaufmann durch die Aenderung der Gesetzgebung die Kaufmannseigenschaft, so erlangte er dadurch kein Zurückbehaltungsrecht, selbst wenn alle sonstigen Voraussetzungen vor dem 1. I. 1900 vorhanden waren. [2])

Ein vor Inkrafttreten des neuen Handelsgesetzbuchs entstandenes Zurückbehaltungsrecht erfordert noch immer die unverzügliche Benachrichtigung von der Ausübung des Rechts gemäß dem alten Art. 315. Da auch die Wirkungen des alten Rechts bleiben, so muß die Klage stets auf Verkauf der Retentionsobjekte gerichtet sein. Bei der Befriedigung ist der neue § 373 nicht zu verwenden.

[1]) Lehmann in Z 48 S. 77.
[2]) Lehmann in Z 48, S. 77.

Lebenslauf.

Am 27. November 1879 wurde ich zu Strasburg Westpr. als Sohn des Kaufmanns Leopold Pick und seiner Ehefrau Amanda geb. Henius geboren. Ich bin mosaischer Konfession.

Ich besuchte das Gymnasium zu Strasburg Westpr., das ich Ostern 1899 mit dem Zeugnis der Reife verließ, um mich dem juristischen Studium zu widmen. Ich studierte 3 Semester in Berlin, 1 Semester in Freiburg i. Br. und 2 Semester in Königsberg i. Pr. Während meiner Studienzeit hörte ich die Vorlesungen der Herren Professoren: Arndt, Beyerle, v. Blume, Bornhak, Brunner, Burchard, Busse, Dernburg, Eck, Güterbock, Heymann, Hübler, Hubrich, Kahl, v. Kaufmann-Asser, Kohler, Leo, v. Liszt, Mendel, Merkel, Moeli, Paulsen, Pernice, Preuss, Rehme, v. Rohland, Schmidt, Schmoller, Stutz, Wagner, v. Wenkstern, v. Willamowitz-Möllendorf, Wolff.

Am 11. Juni 1902 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht zu Königsberg i. Pr. die erste juristische Prüfung mit dem Prädikat „gut".

Auf Grund vorstehender im November 1902 approbierter Inaugural-Dissertation und der am 2. Dezember 1902 bestandenen mündlichen Prüfung wurde ich von der hohen juristischen Fakultät der Mecklenburg-Schweriner Landesuniversität zu Rostock zum Doktor juris promoviert. Seit dem 27. Juni 1902 bin ich im Bezirk des Königlichen-Oberlandesgerichts zu Königsberg i. Pr. und zwar zur Zeit am Königlichen Amtsgericht zu Labiau als Referendar beschäftigt.